INTRODUCCION CRITICA AL DERECHO NATURAL

Primera edición: 1981
Undécima edición: Mayo 2011

e-mail: jhervada@unav.es
http://www.unav.es/canonico/javierhervada
Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)

ISBN: 978-84-313-0715-8
Depósito legal: NA 1.320-2011

Imprime: GRÁFICAS ALZATE, S.L. Pol. Comarca 2. Esparza de Galar (Navarra)

Printed in Spain - Impreso en España

Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)
Plaza de los Sauces, 1 y 2. 31010 Barañáin (Navarra) - España
Teléfono: + 34 948 25 68 50 - Fax: + 34 948 25 68 54
e-mail: info@eunsa.es

JAVIER HERVADA

Profesor Ordinario de Filosofía del Derecho
Catedrático de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado
Caballero Comendador de la Orden de San Gregorio Magno
Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort

INTRODUCCIÓN CRÍTICA AL DERECHO NATURAL

Undécima edición



EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A.
PAMPLONA

INDICE

PROLOGO

En la importante encrucijada cultural en la que nos ha tocado vivir, ningún interrogante tan fundamental se ha planteado a los juristas como el de proteger al hombre frente al peligro de ver menoscabada su dignidad y su libertad ante la prepotencia de las fuerzas sociales y las potenciales arbitrariedades del poder. A nuestro juicio, el positivismo jurídico ha demostrado suficientemente su impotencia para alcanzar tal objetivo y, lo que es más, ha colocado a la ciencia del derecho en la tesitura de dar plena validez jurídica a los atentados contra el hombre con tal de que se revistan del ropaje formal de ley.

Y es que el positivismo ha olvidado el elemento civilizador por excelencia del derecho, que es el derecho natural. Cuando hablamos de derecho natural, de lo que estamos hablando es de que el hombre es la realidad central de la sociedad, de que el hombre no se presenta ante los demás como un ser que pueda ser tratado a capricho, sino como un ser digno y exigente, portador de unos derechos que son inherentes a su propio ser. Más todavía; en la dignidad del hombre se contiene el fundamento de todo derecho, de manera que fuera del respeto a lo que el hombre es y representa no hay derecho, sino prepotencia e injusticia, aunque los instrumentos de éstas tengan forma de ley. La juridicidad no la crea el poder ni la sociedad, sino que dimana del ser humano; por eso el núcleo de derecho del que el hombre es portador marca la línea divisoria entre legitimidad e ilegitimidad, entre la acción jurídica y la acción antijurídica del poder y de los grupos sociales. Fundir juridicidad y legalidad es hacer

tabla rasa de la dignidad del hombre. De ese factor civilizador por excelencia del derecho es del que se habla en este manual, cuya finalidad es introducir al estudio del derecho natural. Como introducción que es, tiene necesariamente un carácter elemental, sin entrar en discusiones de escuelas, cuyo lugar adecuado son libros de otra índole.

Quizás pueda sorprender el enfoque adoptado y por ello nos parece obligado dar al respecto una breve explicación. El derecho —y en consecuencia el derecho natural— no está contemplado ni expuesto en el libro desde el punto de vista de la ley o norma. Ni el libro empieza hablando del orden social ni el concepto fundamental del sistema desarrollado es la ley. El concepto clave es el de *lo justo* o derecho en sentido realista: la *res iusta* —que decían los clásicos— o cosa justa. La razón de esta perspectiva reside en que el punto de partida adoptado es el del arte del derecho, cuya finalidad no desmentida, pese al alud de teorías que al respecto se han ido sucediendo en nuestro siglo, es la de decir lo justo: el arte o ciencia práctica de lo justo y de lo injusto, *iusti atque iniusti scientia.*

La principal dificultad con que hoy nos encontramos para desarrollar esta perspectiva es la multiplicidad de sentidos que la justicia ha recibido en nuestra época. Son tantos estos significados —y a veces tan diversos— que cabe el peligro de pensar que la justicia resulta poco menos que inservible para definir y delimitar el arte del derecho. Pero este peligro se diluye cuando se advierte que hay una noción precisa de justicia, invariada a lo largo de los siglos, que es aquella sobre la que se ha asentado la concepción del derecho como arte de lo justo: dar a cada uno lo suyo. A esta noción hemos creído necesario dedicar nuestra atención como punto de partida insoslayable.

Resumiendo nuestro pensamiento, podemos afirmar que el tema del derecho natural es el tema del valor y de la dignidad de la persona humana reducido a sus dimen-

siones jurídicas. Hablar de derecho natural es hablar de la expresión jurídica del valor y de la dignidad del hombre; hablar de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo es hablar de las relaciones entre las leyes de los hombres y el valor y la dignidad de la persona humana que es su destinatario. Por eso, el perenne principio de la prevalencia del derecho natural sobre el derecho positivo no es cosa distinta que la prevalencia —ante el derecho— de la dignidad humana sobre la prepotencia de los hombres. La prepotencia no tiene lugar en el derecho, que es el reino de la racionalidad. Saber distinguir una y otra es —en definitiva— la gran aportación de la ciencia del derecho natural, como la negación de las diferencias entre ellas es el gran equívoco que el positivismo introduce en la ciencia del derecho.

Pamplona, 25 de marzo de 1981.

NOTA A LA SEGUNDA EDICION

Agotada en pocos meses la primera edición de este libro, vuelve a imprimirse con el deseo y la esperanza de que siga siendo útil a quienes se inician en el conocimiento del derecho y, en particular, del derecho natural.

Por la premura del tiempo, sólo he introducido algunas pequeñas modificaciones, aún siendo conocedor de que las imperfecciones del libro hubiesen exigido una corrección a fondo.

A cuantos le han prestado atención y a cuantos me han hecho sugerencias para mejorarlo doy las gracias, consciente de que más ha atraído lo estudiado que el modo cómo es expuesto aquí.

Pamplona, 2 de febrero de 1982.

I. INTRODUCCION

§ 1. El arte del derecho.

1. Cuando en Roma los juristas consiguieron *ius redigere in artem* —transformar el derecho en un arte—, no introdujeron algo radicalmente nuevo en la vida de la sociedad humana. Perfeccionaron, hasta constituirlo en un monumento de sabiduría, el saber hacer lo que desde los inicios de la humanidad constituía una necesidad de la convivencia entre los hombres, una necesidad de la práctica diaria: el saber dar a cada hombre lo suyo; o sea, qué era lo que le correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas, en las cuales se ponen en juego una serie de bienes. Qué era lo que le pertenecía al vendedor y al comprador, qué era lo propio del *paterfamilias* o de cada una de las personas sujetas a su potestad (*manus*), qué debía dar el arrendador al arrendatario, de quién eran los bienes obtenidos por el esclavo mediante su trabajo; etc. [1]. A eso que correspondía a cada uno lo llamaron el *ius* [2] o *derecho* de cada uno y a la ciencia

1. Así se deduce de la lectura de las obras de los juristas romanos. Si bien es cierto que definieron cosas, aclararon conceptos, interpretaron leyes, analizaron el sentido de las palabras o dieron reglas de sabiduría jurídica, todo ello giraba alrededor de un objeto: discernir lo justo de lo injusto. Siendo esta ciencia de lo justo y de lo injusto un sacerdocio de la justicia y del derecho, el arte de dar a cada uno su derecho, lo suyo.

2. La palabra *ius* fue usada por los romanos en varios sentidos; el que señalamos en el texto es el significado que tiene en la definición de la justicia: dar a cada uno su derecho, lo suyo.

que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho. Este *ius* era lo justo, lo que *justamente* —lo que por obligación y en la justa medida, ni más ni menos— era atribuible a cada uno. Y la virtud de obrar así constantemente fue llamada la *iustitia* o justicia. Esta, pues, era considerada como la virtud de dar a cada uno lo que le correspondía en medida estricta (ni más ni menos, lo justo), o sea la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo (su *ius*, su derecho): *ius suum cuique tribuere* [3]

Fácilmente puede advertirse que este esquema de los juristas romanos es una *descripción de la realidad social*, mediante la observación de lo que ocurría —y sigue ocurriendo— en la vida real. Los hombres poseen cosas, les están atribuidos unos bienes, merecen premios y castigos. Cada uno tiene una esfera de cosas que le corresponden, cuya efectiva posesión y disfrute dependen en parte de los demás, unas veces porque pueden quitárselas o impedir el uso y disfrute, en otras ocasiones porque esas cosas están —por múltiples causas— en manos de otros. Es un hecho de experiencia que, en virtud de las multiformes posibilidades de las relaciones humanas, las cosas no siempre están en poder —al menos en ciertos momentos y bajo distintas formas— de su dueño, de aquél a quien pertenecen, o de su sujeto de atribución. Pero a la vez las cosas *deben* pasar a su dueño, deben pasar a manos del sujeto al que están atribuidas —*res clamat domino*—, pues esta *necesidad* —este deber o deuda— es efecto primario de que las cosas sean de alguien, sean *suyas*. Si no hubiera esta necesidad, ello sería signo evidente de que nadie podría hablar de lo suyo. ¿Qué sentido tendría hablar de mi cosa, si no pudiese disponer de ella, ni nunca pudiese reclamarla a quien me la quitó?

Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social; que

3. D. 1, 1, 10: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi».

los hombres dan lo suyo a cada uno —también que a veces no lo hacen, y esto es la injusticia— es un hecho social. Y que hay un arte de dar a cada uno lo suyo, como que hay quienes son expertos en ese arte, es otro hecho social. No estamos en el campo de las teorías, sino de los hechos.

2. Dar a cada uno lo suyo exige, primeramente, querer darlo. Si alguien no quiere dar a otro lo que a éste corresponde es obvio que no se lo dará; en todo caso, o le cambiarán su voluntad mediante presiones, y entonces querrá darlo, aunque a su pesar, o aquél de quien la cosa es o la fuerza socialmente organizada —en este caso para dársela a quien le pertenece— se la arrebatarán; pero entonces él no la habrá dado. No basta, sin embargo, que uno quiera dar a otro lo suyo; no menos importante es que sepa a quién pertenece la cosa o qué es justamente lo del otro, pues, de no saberlo, o no la dará a su verdadero dueño, o dará de menos, o dará de más, o no se decidirá a darlo. Este *saber* lo que corresponde a otro para dárselo es un conocimiento práctico, es algo propio de la razón práctica, que consiste en saber *qué* hay que dar, a *quién* hay que darlo, *cuándo* hay que darlo, *cómo* hay que darlo, *dónde* hay que darlo, etc. Al conocimiento del que hablamos —que es una parte de la virtud de la prudencia, según la entendieron los antiguos— los romanos lo llamaron prudencia del derecho, *iuris prudentia,* de donde vino la palabra jurisprudencia.

Este saber, unas veces es sencillo y otras complicado; unas veces está al alcance de todos, otras lo está sólo al de los expertos. Sencillo o difícil es un arte: el *ars iuris* o arte de lo justo (arte del derecho). Y quienes eran expertos en él fueron llamados por los romanos *iuristae* o juristas. Estos juristas eran los expertos en el arte de deslindar lo suyo (el *ius*) de cada cual y declararlo, para que quienes a ellos acudían obrasen en consecuencia. Su misión era *decir* el derecho (la *iuris dictio*), de modo que con su dictamen terminaban las controversias entre las partes que contendían acerca de qué era lo justo en un

caso particular. Otras veces no decidían sobre cosas particulares reales, sino que recogían en libros su saber; en cualquier caso, el arte del derecho era el arte de decir lo justo (de decir el *ius*).

3. Hasta el siglo XIX —aunque con algunas excepciones desde el s. XVI— así se concibió el arte del derecho; sin embargo, a partir del siglo pasado muchos juristas (y filósofos del derecho) comenzaron a hablar de modo distinto, proponiendo otros quehaceres a la ciencia del derecho: la resolución de los conflictos de intereses, la ordenación de la sociedad, el análisis del lenguaje jurídico, etcétera. Como consecuencia, se perdió en gran medida la terminología de arte del derecho y se prefirió hablar de ciencia del derecho.

Desde que se produjo este cambio, numerosas han sido las discusiones acerca de cuál es la tarea del jurista y sobre la ciencia jurídica. Mas no es nuestra intención entrar en tales disputas. Sólo quisiéramos decir que hay una cuestión fundamental, que parece haber sido olvidada —a nuestro juicio con gran detrimento— desde que la ciencia en general volvió la espalda a lo que especifica cualquier actividad humana: su finalidad. La cuestión es: interpretar la ley, estudiar las relaciones sociales, analizar el lenguaje, bien, pero ¿para qué?, ¿cuál es la finalidad última del arte o ciencia de jurista, qué se busca a través de esas tareas? Porque, en definitiva, lo que distingue a los antiguos juristas de los juristas del último siglo y medio no es tanto la tarea en sí (también los antiguos juristas interpretaron la ley, estudiaron las relaciones sociales y analizaron el lenguaje, aunque con métodos mucho menos desarrollados), cuanto el para qué —la finalidad— de esas tareas. Este punto sigue siendo crucial. Aunque para nosotros la respuesta es clara —el arte del derecho es el arte de lo justo— no nos parece oportuno entrar en la discusión[4]. Simplemente vamos a

4. Sobre los fines del derecho vide M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho,* I (Pamplona 1979).

partir de la base de que sigue siendo una necesidad social que haya juristas que se dediquen al arte de discernir lo suyo de cada uno.

Porque cualquiera que haya sido la moderna evolución del oficio del jurista, no es menos cierto que el arte de lo justo sigue siendo necesario en nuestra sociedad. Hoy como ayer hay que dar a cada uno lo suyo y hay que saber qué cosas corresponden a cada cual. El antiguo arte del derecho o arte de lo justo es tan viejo y tan nuevo como la Humanidad. También hoy los pleitos son, en definitiva, discrepancias acerca de lo que pertenece a las partes, y la tarea del juez, en último término, consiste en decir y establecer qué corresponde a cada cual. Quizás hoy buena parte del oficio judicial sea interpretar la ley, pero, al interpretarla, el juez termina por establecer qué cosas deben o pueden hacer las partes o una de ellas o qué bienes (o qué penas) corresponden a cada una de ellas: o sea, decir a cada parte lo suyo.

De lo pertinente a este arte de lo justo (*ars iuris*), que sigue siendo el nervio central de la vida jurídica (la del foro y la de las relaciones humanas) —aunque sea un arte a veces olvidado por buena parte de los juristas académicos (teóricos, dogmáticos y filósofos del derecho)— hablaremos en las páginas que siguen.

§ 2. La virtud de la justicia.

1. Como todo lo que se refiere a las acciones humanas, dar a cada uno lo suyo exige —decíamos— *saber* y *querer*. Saber es el arte del derecho o de lo justo; querer es un acto de voluntad. Cuando la voluntad tiene el *hábito* de dar a cada uno lo suyo, esto es, cuando tiene la *disposición* permanente a realizar los actos tendentes a

dar a cada cual lo que le corresponde, decimos que posee la virtud de la justicia [5].

Hablamos de virtud, porque así se llaman los hábitos o disposiciones del alma a obrar bien; y su nombre es el de *justicia* porque es la virtud del *ius,* esto es, porque su objeto —aquello a lo que se ordenan los actos de la virtud: lo que se da, pues el acto de esa virtud consiste en dar [6]— es aquella cosa del otro (lo justo, el *ius* o el derecho) que hay que darle. La justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo; con más precisión podemos definirla como *el hábito de la voluntad de dar a cada uno su derecho, esto es, lo suyo* [7].

5. Sin dificultad se comprende que el establecimiento de una sociedad justa depende de dos factores fundamentales, que son dos virtudes de las llamadas por la tradición filosófico-moral, cardinales: la prudencia, virtud de la razón práctica, y la justicia, virtud de la voluntad. Ante todo es necesario el sincero amor a la justicia (el amor es el movimiento radical de la voluntad al bien), estar dispuesto, no sólo a respetar, sino también a proporcionar —a dar— a los demás lo que les corresponde por su condición humana y por disposición legítima de los hombres. Pero no menos necesaria es la sabiduría o prudencia del derecho, el saber dar lo que corresponde, a quien corresponde y cuando corresponde. Esa sabiduría, hecha arte o ciencia, es la ciencia del derecho. Es, pues, la ciencia del derecho la ciencia de lo justo, aquel saber a cuyo través la sociedad tiene los expertos en justicia, que eso son los juristas. Es a los juristas a quienes pertenece la tarea de decir lo justo. De donde hay que concluir que el problema de la justicia en la sociedad depende en parte principal de la correcta orientación de la ciencia jurídica.

6. La justicia, como las demás virtudes, tiene por objeto propio inmediato los actos a los que dispone, o sea aquel conjunto de actos que se comprenden bajo la expresión «dar a cada uno lo suyo». Pero como sea que los actos se especifican por su objeto, lo que en definitiva especifica y distingue la virtud de la justicia es el objeto del acto justo, es decir, el *ius* o cosa justa, que en este sentido constituye el objeto de la justicia.

7. Una definición más perfecta se encuentra en TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, q. 58, a. 1: «Si alguno quisiera reducir la definición de la justicia a su debida forma, podría decir que *justicia es el hábito por el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho*». Modernamente una de las mejores exposiciones de la virtud de la justicia se encuentra en el opúsculo *La justicia* (*Über die Gerechtigkeit*) de J. Pieper, cuya última edición castellana está incluida en el volumen J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales* (Madrid 1976), págs. 83 ss.

2. Nuevamente debemos insistir en algo a lo que antes aludimos. Lo que acabamos de exponer no es sino la descripción de una realidad. Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social y, en la medida en que se cumple, es un hecho social. Este hecho social es deseable y bueno, por lo cual la constante voluntad de realizarlo es una disposición o hábito bueno, que es lo que llamamos una virtud. Esta virtud recibe desde la antigüedad el nombre de justicia. Hay, pues, una virtud llamada justicia que consiste en la disposición de la voluntad de dar a cada cual lo que es suyo [8].

8. Ciertamente se ha llamado y se llama justicia a otras cosas: desde el orden o la proporción del universo hasta la variopinta gama de cosas a las que modernamente se les da este nombre. Pero aquí no se habla de esas otras cosas, porque tienen poco que ver con el arte del derecho.

II. ANALISIS DE LA JUSTICIA Y DE LO JUSTO

§ 1. El punto de partida.

Para exponer con precisión el arte de lo justo y para exponer no menos precisamente qué sean la justicia y lo justo es necesario explicar con claridad cuál sea el punto de partida: a partir de qué hecho social, o de qué dimensión de la vida de los hombres en sociedad, se explican la virtud de la justicia y el arte del jurista —en sentido más propio y estricto—, el arte del experto en el *ius* o lo justo. Y esto es hoy tanto más necesario, por cuanto que en nuestros tiempos la palabra justicia se está usando en los más diversos significados, y lo mismo ocurre con la expresión «lo justo».

1. *Las cosas están repartidas.* a) Al preguntarnos por el punto de partida, es fácil que se escuchen diversas respuestas: ese punto de partida es la necesidad de un orden, o es la existencia de un poder social, o es la divergencia de intereses entre los hombres, etc. Sin negar lo que estas respuestas puedan tener de válidas para explicar el fenómeno jurídico en su conjunto, hay que decir que ninguna de ellas representa el punto de partida que buscamos. Ese punto de partida no es otro que un hecho social fácilmente constatable: aunque con excepciones, de las que no nos compete hablar aquí, *las cosas están atribuidas a distintos sujetos,* o dicho de otro modo, *las*

cosas están repartidas. Ni todo es de todos ni todo es de la colectividad humana: hay cosas que están repartidas.

Las cosas, al estar atribuidas a un sujeto, al estar repartidas, entran en el dominio de un hombre, o de una colectividad: son *suyas.* Aparece lo mío, lo tuyo, lo suyo.

Este es el supuesto que hace posible la justicia en el sentido que aquí damos a esta palabra —dar a cada uno lo suyo—, pues donde no hay cosas atribuidas o repartidas, donde nadie puede decir esto es mío, no hay cosas *suyas* [9].

b) Este es un punto crucial para comprender en su verdadero sentido qué sea la justicia de la que estamos hablando. Si el acto de la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en darle su derecho (*ius suum cuique tribuere*), es evidente que la justicia sólo podrá ejercerse allí donde los sujetos tengan cosas suyas. La justicia *no atribuye las cosas,* sino que sigue al hecho de que *ya están atribuidas* [10]. En sí mismo, el acto por el que se atribuye a un sujeto una cosa que no le estaba atribuida —de ninguna manera y bajo ningún aspecto—, no es un acto de justicia (esto no es dar al otro lo suyo, sino hacer suya una cosa, darle una cosa todavía no suya). Podrá ser un acto de buen gobierno, un acto de liberalidad, un acto de recta administración, pero no un acto de justicia. La justicia tiene ocasión de ejercerse sólo después de que algo ha sido atribuido a alguien, es decir, cuando alguien

9. Por eso, aquellas teorías que pretenden un estado de la humanidad en el que todo ha de ser común, anuncian la supresión del derecho. Y con toda razón desde sus postulados. Claro que si es legítimo y natural que el hombre pueda decir «esto es mío», en ese mismo instante será legítimo el arte del derecho y el colectivismo será una utopía antinatural.

10. Cfr. SANTO TOMÁS, *Summa contra Gentiles,* lib. II, cap. 28: «Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien hace suyo a algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual primeramente alguien hace suyo algo, no puede ser un acto de justicia».

puede decir, al menos en cierta manera o bajo cierto aspecto, que ese algo es suyo [11].

Por eso se ha dicho con razón [12] que el acto de justicia es un *acto segundo.* Depende siempre de un *acto primero,* que es el que, atribuyendo las cosas, crea el derecho, lo suyo. El contrato de compraventa, por cuya virtud un sujeto vende a otro un bien a cambio de un precio, no es un acto de justicia. No es, en efecto, un acto de justicia el vender la cosa, como no es un acto de justicia el comprarla. Ambos actos son decisiones libres y ninguno de los dos consiste en dar al otro lo suyo. Una vez realizado el contrato, aparece el *título* de cada una de las partes a lo contratado; será un acto de justicia que, una vez concluido el contrato, el vendedor entregue la cosa vendida y que el comprador entregue el precio. De alguna manera y bajo algún aspecto, una vez cerrado el contrato el precio es ya del vendedor y la cosa vendida es del comprador. Entregar el precio al vendedor y la cosa al comprador son actos de dar al otro lo suyo.

c) Para entender bien la justicia hay que tener presente el siguiente principio fundamental: *la justicia sigue al derecho.* No puede haber un acto de justicia allí donde no haya un título sobre una cosa, allí donde la cosa no sea —en virtud de un título— algo debido, un derecho. La justicia es la virtud de cumplir y respetar el derecho, no la virtud de crearlo [13].

11. El inciso «de alguna manera, bajo algún aspecto» es importante. Hay veces, en efecto, en que un sujeto no tiene todavía la cosa como derecho —*ius in re*— pero en cambio es derecho suyo que le sea atribuida la cosa (*ius ad rem*), v. gr. porque le ha sido prometida, o porque ha cumplido con todos los requisitos para que le sea otorgada (por ejemplo, quien ha ganado un puesto mediante unas oposiciones), etc. Cuando una persona tiene un *ius ad rem,* el acto de serle atribuida la cosa (de concederle el *ius in re*) es un acto de justicia, pues ciertamente la cosa, bajo ciertos aspectos, era suya, ya constituía un derecho suyo, en la forma de un *ius ad rem.* Si ni siquiera hay un *ius ad rem,* la atribución de la cosa no es un acto de justicia.

12. J. PIEPER, *Las virtudes fundamentales,* cit., pág. 89.

13. La justicia no crea el *ius* o derecho, sino que se basa en su

El punto que estamos tocando es fundamental para comprender qué sea la justicia y, en su caso, qué sea el derecho justo o injusto. Parece, en efecto, que la justicia es anterior al derecho, de manera que la justicia sería un criterio anterior y superior por el que se valoraría el derecho positivo. Es más, la justicia sería la virtud de la que nacería el derecho justo. Sólo así tendría sentido hablar de derecho justo o injusto. Pues bien, de esta idea tan enraizada es preciso decir que —siendo aceptable en el ámbito vulgar— es insostenible con riguroso criterio científico.

preexistencia. Este dato sirve, por de pronto, para comprender por qué el conocimiento necesario para vivir conforme a justicia sea la ciencia del derecho; el saber que requiere la justicia es el saber sobre lo suyo o *ius* de cada uno, que es lo que preexiste al acto de justicia. En segundo lugar, sirve para deslindar la justicia en sentido más propio o estricto —la justicia del jurista— de los significados análogos o acaso abusivos de esta palabra. No puede invocarse la justicia allí donde no hay un título, no puede calificarse de justo aquello que no es un verdadero y propio *ius* o derecho.

Las invocaciones más o menos vagas a la justicia y a lo que es justo, cuando se trata de cosas sobre las que no se tiene todavía un título —legal o natural— son apelaciones a un sentido analógico de la justicia o un uso abusivo de la misma. Decir, por ejemplo, que es justo que a los asalariados se les dé un mes de vacaciones será verdadero —y entonces podrá intervenir el jurista, v. gr., el juez— si hay una ley, un convenio o una costumbre jurídicamente obligatoria que así lo disponga. Cuando no sea así, cuando sea todavía, como hoy se dice, una reivindicación, puede hablarse de conveniencia, necesidad, adecuación a los postulados de la vida moderna, conquista en beneficio de una vida más humana, etc., pero no de justicia en sentido estricto, porque no hay —precedentemente— un derecho. Salvo que se entienda que tal derecho existe como exigencia de la persona humana, esto es, como derecho natural. Esta es la lacerante paradoja de tantas invocaciones actuales a la justicia. Se niega el derecho natural pero se habla de derechos humanos anteriores al derecho positivo y, cuando éste no los reconoce, se invoca a la justicia. Negado el derecho natural, tales invocaciones a la justicia no son coherentes, porque si no hay derecho natural no es verdad que la justicia pida el reconocimiento de los derechos humanos, porque no serán derechos en sentido propio y estricto, ni es verdad que contrariarlos sea opresión e injusticia, pues no puede entrar en liza la justicia donde no hay un derecho precedente. La invocación a la justicia frente al derecho positivo y la simultánea negación del derecho natural es una contradicción.

El derecho —lo mismo si lo entendemos como ley, que si lo concebimos como la cosa justa— no tiene su origen en la virtud de la justicia, ni ésta es anterior o superior a él. La virtud de la justicia presupone el derecho; en este sentido es siempre algo posterior al derecho. Todo acto de justicia presupone un derecho constituido con anterioridad; por eso es acto segundo. El acto primero, el que instituye el derecho no es un acto de virtud, sino un acto de dominio. Este acto de dominio puede estar regulado, sin duda, por virtudes, concretamente por la virtud de la prudencia; pero pueden incluso faltar esas virtudes (un acto de venta, v. gr., puede ser imprudente), sin que por ello quede afectada la validez del acto de dominio. La constitución del derecho es, de suyo, un acto de poder, no un acto de virtud. Una vez constituido el derecho es cuando opera la justicia, dando a cada uno su derecho.

Entonces, ¿cómo hablar de un derecho justo o injusto? Es evidente que el tema del derecho justo o injusto sólo se plantea en relación al derecho positivo. La posibilidad de plantear tal tema significa que la constitución del derecho positivo se opera en el contexto de un derecho anterior y preexistente, un derecho verdaderamente tal, al que desde la antigüedad se ha llamado natural. Entonces sí que el derecho positivo puede dar o negar a alguien lo suyo, siendo justo o injusto.

Lo que llamamos orden de justicia, exigencias de justicia o norma de justicia, no es otra cosa que el derecho natural. Y los llamados principios de justicia no son cosa distinta a los principios y preceptos propios de ese derecho. Lo que preexiste al derecho positivo no es la justicia, sino el derecho natural. Si se entendiese que, fuera del derecho positivo, no hay ningún verdadero derecho preexistente, no cabría plantear el tema del derecho injusto en sentido propio y estricto.

d) Se ha podido decir que la justicia es la virtud del reparto de las cosas y que el arte del derecho es el arte del reparto justo. Ambas afirmaciones, si se entienden

en su cabal sentido, son verdaderas, pero como existe el riesgo de que se entiendan mal, estimamos oportuno hacer unas precisiones al respecto.

El reparto puede entenderse como acto primero o como acto segundo. Entendemos el reparto como acto primero cuando produce por primera vez la atribución de bienes a los destinatarios, sin que precedentemente éstos tuvieran algún título sobre los bienes. El reparto como acto primero genera el título de los destinatarios sobre los bienes. El reparto será acto segundo cuando sea el cumplimiento de un reparto primero; lo que distingue al reparto como acto segundo es que los destinatarios gozan, con anterioridad al hecho del reparto, de un título sobre la parte de los bienes a repartir que se les entrega. Por ejemplo, el hecho de repartir por testamento los propios bienes entre distintas instituciones culturales, es un reparto primero. Ninguna de las instituciones destinatarias tenía, con anterioridad al acto de testar, derecho a esos bienes, porque precedentemente no había habido ninguna atribución. En cambio, cuando el albacea, en cumplimiento de lo dispuesto en el testamento, reparta entre esas instituciones los bienes que formen la herencia yacente, hará un reparto segundo (un reparto como acto segundo).

El reparto como acto primero no es propio de la justicia, sino de otras virtudes (como la liberalidad), o del buen gobierno, los contratos, las convenciones, etc. Lo propio de la justicia en sentido estricto es el reparto segundo, aquel reparto en el cual los destinatarios tienen, bajo algún aspecto o de algún modo, un título sobre los bienes a repartir.

e) Siempre el punto de partida de la justicia es que «las cosas están repartidas»; no lo es, en cambio, que «hay que repartir las cosas», salvo, en este último caso, que se trate de un reparto segundo, en el cual las cosas ya están, de uno u otro modo, antecedentemente repartidas, atribuidas. El imperativo «hay que repartir las cosas» —o «hay que repartirlas bien o mejor»—, si se tra-

ta de un reparto primero, esto es, si no hay un verdadero y propio derecho preexistente, no es un imperativo jurídico, sino en todo caso un imperativo moral.

La preexistencia del derecho es, repetimos, el criterio distintivo de la justicia. Por ejemplo, si los representantes laborales y empresariales se sientan en una mesa para negociar los salarios —esto es, qué parte del fruto económico de la empresa ha de ir a manos de la parte laboral— se trata, en principio, de una cuestión de *política laboral.* En cambio, el reparto efectivo de esos frutos según lo acordado —el pago de los salarios convenidos— es un acto de justicia; se cumple el reparto acordado, se hace realidad el reparto ya hecho en el convenio nacido de la negociación.

En el ejemplo que acabamos de poner, quizás pueda objetarse que el reparto a negociar no es sólo cuestión de política laboral, sino también de justicia. El salario acordado puede ser justo y puede ser injusto. Es más, la gran cuestión del salario justo ha nacido porque en muchas ocasiones los salarios han sido y son injustos, pese a ser aceptados por el asalariado en el contrato de trabajo. Por lo tanto, en una negociación sobre salarios puede involucrarse una cuestión de justicia. Del mismo modo, puede ocurrir que un sistema de atribuciones —el cómo las cosas están repartidas— sea injusto; así la distribución de la propiedad en ciertos países. Todo esto es cierto, pero volvemos a lo de antes. Si un sistema *histórico y positivo* de reparto y atribuciones es injusto, lo será porque existe un derecho anterior al reparto hecho; si un sistema positivo de reparto y atribuciones es injusto, quiere decir que no está de acuerdo con unos derechos naturales. Sólo entonces habrá una verdadera injusticia (no se habrá dado lo suyo al asalariado, cuando se ha hecho el reparto entre trabajo y capital). El salario *acordado* o *legal* será injusto si con anterioridad a ese reparto positivo existía, bajo cierto aspecto y en alguna medida, un reparto *natural:* sólo si es derecho natural del asalariado que el salario cubra ciertas necesidades personales y familiares, podrá decirse con verdad que

un salario es injusto, al no cubrirlas. O en estos casos no se habla de justicia y de injusticia en sentido propio, o la invocación a ambas representa, necesariamente, una invocación al derecho natural.

2. *Las cosas están o pueden estar en poder de otros.* Junto a «las cosas están repartidas» no menos importante es la segunda parte del punto de partida: «las cosas de cada uno —las cosas suyas— están, o pueden estar, en un momento determinado, en poder de otro». Para que haya un acto de justicia es imprescindible que la cosa de uno esté —o pueda estar— en poder de otro; sólo así ese *otro* podrá dar —entregar o respetar— a *uno* lo que es suyo. Sólo así habrá el acto de dar a uno lo suyo. En otras palabras, la segunda parte del punto de partida es el hecho del *comercio* (no en sentido actual, sino en sentido primigenio: relaciones sociales de comunicación) entre los hombres. Desde otro punto de vista, un hecho distinto pero de efectos similares para el caso que nos ocupa es el de la *injusticia,* esto es, el hecho de que alguien dañe o se apodere ilegítimamente de la cosa de otro; en este caso, el acto de justicia —el acto de dar a uno lo suyo— será la restitución o la reparación.

Esto es lo que no advirtió Kant al criticar la fórmula «dar a cada uno lo suyo». Según él esta fórmula es absurda, porque si una cosa está en poder de alguien, si es suya, ya la tiene y en consecuencia no se le puede dar [14]. Kant no se dio cuenta de que, desde que aparece la fórmula, el punto de partida es que las cosas de cada uno, permaneciendo suyas, pueden pasar a la esfera de po-

14. «Si no puedes evitar lo anterior, entra con otros en una sociedad en la que a cada uno le pueda ser garantizado lo suyo (*suum cuique tribue*). Si la última fórmula fuera traducida por *da a cada uno lo suyo,* el resultado sería un absurdo, ya que a nadie se le puede dar lo que ya tiene. Si la fórmula ha de tener un sentido, por eso, éste no puede ser otro que el de *entra en un estado en el que puede serle asegurado a cada uno lo suyo frente a todos los demás». Metafísica de las costumbres,* Introducción a la teoría del derecho, Apéndice, División de la teoría del derecho, A.

der de otra persona. V. gr. el dueño de un coche puede prestarlo a otro por un tiempo determinado. El coche, pese a haber pasado a la esfera de poder de otro —en cuanto al uso se refiere—, sigue siendo del dueño —sigue siendo suyo—, y, por eso, una vez transcurrido el plazo, el prestatario debe *dar* —devolver— el coche a su dueño. Pongamos otro ejemplo: el arrendamiento de un piso. Una vez formalizado el contrato, el piso —en cuanto al uso y disfrute que concede el arrendamiento— es del arrendatario y por ello el dueño —el arrendador—, al darle las llaves (la posesión del piso), le da al arrendatario lo que es suyo. A su vez, cumplido el plazo fijado para el pago del alquiler, el pago que hace el arrendatario no es otra cosa que dar al arrendador lo que, en virtud del contrato, es suyo, pues, cumplido el plazo, la cantidad estipulada —en poder del arrendatario— es ya del arrendador, es *suya* (no en cuanto propiedad, sino en cuanto deuda).

Dar a cada uno lo suyo, presupone que lo suyo está en poder de otro, o puede ser atacado y dañado por él. Precisamente porque Ticio tiene en su poder —o puede dañar— lo que es de Cayo, Ticio es justo cuando da a Cayo —o respeta— su cosa. Y es en este sentido en el que la justicia es virtud de las relaciones sociales, esto es, exige siempre la alteridad o intersubjetividad; siempre reclama dos sujetos: aquél de quien es la cosa y aquél que, por tenerla (o por poder dañarla) se la devuelve, se se la da (o se la respeta).

§ 2. La fórmula de la justicia: dar a cada uno lo suyo.

Siguiendo con el análisis que estamos realizando, debemos ahora estudiar el significado de cada uno de los términos que comprende la fórmula con la que se define la justicia: dar a cada uno lo suyo.

1. *Dar.* Dos cosas fundamentales debe abarcar el análisis de *dar:* en primer lugar, ¿qué significa dar?; y, en segundo término, ¿ese dar es un acto o una norma?

a) *Dar* tiene en la fórmula un sentido genérico. Puede equivaler a *entregar,* o puede significar *respetar,* o también *devolver,* como puede tener el sentido de *transferir,* o incluso el de *desalojar.* En resumen, significa toda acción u omisión en cuya virtud una cosa pasa al —o permanece en el— efectivo poder de aquel a quien tal poder corresponde legítimamente, esto es, en virtud de un título jurídico (contrato, ley, costumbre, naturaleza, etcétera). Se trata, pues, de una palabra genérica que abarca tantos tipos de acciones como son precisos para que cada cosa esté efectivamente bajo la esfera de poder real de su titular según lo contenido en el título.

b) La segunda pregunta —¿ese dar es un acto o una norma?— se nos plantea porque a veces se habla de la justicia dándole un contenido preceptivo: la norma de la justicia, exigencias de justicia, deber de justicia, etc. Parece que ese «dar», debería ser más bien «debe darse», pues la justicia sería una exigencia, un deber, una norma.

Quizás las palabras más incisivas contra la fórmula que estamos analizando —dar a cada uno lo suyo— provengan de Kelsen, que la calificó de «vana tautología». Según el jurista vienés la justicia sería una virtud, pero también una norma [15], y, como consecuencia de ello, la

15. «La justicia es una propiedad que puede aplicarse a objetos diversos y, en primer lugar, a los seres humanos. Se dice así de un hombre, en particular de un legislador o de un juez, que es justo o injusto. En este sentido, la justicia se manifiesta como una virtud humana. La virtud de la justicia, como toda virtud, constituye una categoría de carácter moral y bajo este aspecto pertenece, pues, al campo de la ética (...). Este comportamiento social del hombre será justo cuando sea conforme a una norma que lo prescribe; es decir, que lo instaura como deber. Será injusto, en cambio, cuando sea contrario a una norma que prescribe un determinado comportamiento que a causa de ello ha adquirido el valor justicia. La justicia de un hombre es la justicia de su comportamiento social. Y la justicia de su comportamiento social consiste en que es conforme a una

fórmula de la justicia tendría forma imperativa, sería el enunciado general de toda norma de justicia y consistiría en prescribir dar a cada uno lo suyo. El verdadero enunciado de la fórmula de la justicia sería: «debe darse a cada uno lo suyo»; y como este suyo equivale a lo que se debe a uno, su derecho (esto es, lo que debe dársele), la fórmula verdadera de la justicia rezaría así: «debe darse a cada uno lo que se le debe dar»; y esto, evidentemente, es una tautología [16]. Pero no es menos evidente que Kelsen llega a la tautología por cambiar la fórmula, y la cambia porque confunde la virtud con la norma. La fórmula no dice —ni equivale a ello— que *debe darse,* sino dar; esto es, no designa un imperativo sino un acto. Y con razón, porque se refiere a una virtud e indica cuál es el acto de esa virtud, no la ley o norma de la que depende la virtud. Toda virtud consiste en una *disposición* de las potencias del sujeto o hábito; no es *norma* (*Sollen*) sino *hecho* (una cualidad) (*Sein*). Consecuentemente la justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (*Sollen*) sino una cualidad, un hecho (*Sein*). ¿Disposición a qué? Disposición a actos, en concreto al acto de dar. Como las virtudes se definen por sus actos, el «dar a cada uno lo suyo» designa un acto, una acción (*dar*), no un precepto ni un deber (*debe darse*).

Y es que en tema de justicia hay que distinguir claramente tres cosas: la virtud, el precepto y la cosa suya (la cosa justa, el *ius o derecho*). La virtud de la justicia es

norma que constituye el valor de justicia. Esta norma puede ser, pues, denominada norma de justicia». *Justicia y Derecho Natural,* en H. KELSEN, N. BOBBIO Y OTROS, *Crítica del Derecho Natural* (Madrid 1966) pág. 29.

16. «La fórmula de justicia más corrientemente empleada es la célebre del *suum cuique,* norma que prescribe dar a cada uno lo que le corresponde, es decir lo que se le debe, aquello que puede pretender, aquello a lo que tiene derecho. Resulta fácil descubrir cuál es la cuestión decisiva para la aplicación de esta norma: que sea *lo suyo,* lo que es debido, ese derecho, es algo que no viene resuelto por esta norma. Dado que lo debido a cada uno es precisamente lo que se le debe dar, la fórmula del *suum cuique* resulta no ser sino una vana tautología: debe darse a cada uno lo que se le debe dar». Ob. cit., págs. 43 s.

una disposición habitual de la voluntad; el precepto es la ley o norma; y lo suyo (el derecho o lo justo) es una cosa (la cosa debida). El «debe darse» no radica primariamente en la justicia —que es una disposición del sujeto, es un hecho—, sino en la cosa justa —en «lo suyo»— en cuanto que es debida.

Nos encontramos aquí con un caso particular de lo que es general en la moralidad; la relación entre la virtud y la ley o precepto. Las virtudes son disposiciones a cumplir con la ley, con lo debido. Si decimos que las virtudes obligan y hablamos de un deber de justicia, de templanza, de fortaleza, etc., no queremos decir con ello —si hablamos con precisión— que las virtudes sean normas o preceptos. Toda virtud es un hábito o disposición y no otra cosa; pero es una disposición a cumplir la ley, natural o positiva. Por eso el centro de la moralidad no es la virtud —como pretenden algunos— sino la ley, aunque entendamos por ley fundamental las exigencias que dimanan de la naturaleza humana. La virtud se ordena al deber, no al revés. Deber de justicia, exigencia de justicia, norma de justicia, son expresiones que significan un deber, una exigencia o una ley, cuyo cumplimiento es un acto de la virtud de la justicia, esto es, que denotan un derecho o una ley —de origen natural o de origen positivo— de índole jurídica. En la virtud de la justicia el deber nace de que lo suyo, lo que se da —o sea el objeto de la virtud—, es una deuda, algo debido; no lo hace debido la virtud de la justicia (ya hemos dicho que el *ius* o derecho preexiste a la virtud de la justicia).

Entonces, volviendo a la cuestión ya planteada antes, ¿cómo puede hablarse de un derecho positivo justo o injusto? Si el derecho preexiste a la justicia, ¿cómo decir de un derecho positivo que es justo o injusto? La justicia o injusticia se predica en relación a un derecho preexistente, porque tal predicación atañe a dar o no dar a alguien lo suyo (su derecho); por lo tanto, el derecho positivo será justo o injusto en relación a un derecho que exista antes que él, el derecho natural. La justicia del derecho positivo está en relación con el derecho na-

tural; fuera de esta relación no hay, propiamente hablando, cuestión de justicia. La inadecuación del derecho positivo a los valores éticos y sociales o a los ideales sociales o cosas por el estilo será en todo caso cuestión de derecho *incorrecto* o *inmoral*, pero si no hay un verdadero y propio derecho anterior al derecho positivo, no cabe hablar de derecho injusto en sentido estricto y propio. Esta es la gran tragedia del positivismo jurídico; la negación del derecho natural comporta el vaciamiento de la cuestión de la ley injusta, pues la hipótesis de la ley injusta no puede, en rigor, darse [17]; puesto que la justicia es disposición a cumplir la ley y sólo existe la ley positiva en la hipótesis positivista, no hay más justicia que la conformidad con la ley positiva. El cumplimiento de la ley —cualquiera que sea— es justo. A lo sumo pue-

17. Esto lo vio con gran claridad quien elaboró con más rigor lógico los postulados del positivismo, el ya citado Kelsen: «La validez del derecho positivo es independiente de su relación con una norma de justicia: esta afirmación constituye la diferencia esencial entre la teoría del derecho natural y el positivismo jurídico (...). Decir que una norma de derecho positivo es justa o injusta significa lo siguiente: *si* se supone que una determinada norma de justicia es válida, cabe que el *acto* por el cual ha sido creada la norma de derecho positivo sea justo o injusto. Ahora bien, si de lo que se trata es de la *validez* de esta norma de derecho positivo habrá que sostener que la norma de justicia no puede suponerse válida al mismo tiempo que la norma de derecho positivo. Dado que el derecho positivo es una norma objetivamente válida que presenta un carácter de obligación, resultará que, ni desde el punto de vista de este derecho ni desde el de la norma de justicia, podrá haber derecho injusto, es decir, derecho positivo creado por un acto que no es conforme a una norma de justicia. Puede existir, es cierto, un acto de esa especie, cuyo sentido subjetivo es una norma. Pero si se presupone la validez de la norma de justicia, este sentido no puede ser considerado ni como el sentido objetivo de ese acto ni, en consecuencia, como componente del derecho; y si se considera el sentido subjetivo de este acto como su sentido objetivo, es decir, como derecho positivo, en cuanto que ese acto ha sido realizado en conformidad con la norma fundamental del ordenamiento jurídico, no se podrá entonces presuponer la validez de la norma de justicia y no se podrá, por tanto, juzgar que este acto es injusto, dado que sólo una norma de justicia cuya validez se presupone puede servir de criterio para juzgar el derecho positivo, es decir, los actos por los cuales se crean las normas de ese derecho». Ob cit., págs. 33 y 35 s.

de hablarse de un derecho incorrecto. Lo cual, digámoslo de paso, es contrario al común y general sentir de la humanidad. Si el positivista habla de justicia cambia antes la definición de justicia; ésta ya no es dar a cada uno lo suyo. Lo cual deja al hombre vaciado de algo suyo, fuera de lo que la ley positiva le otorgue; se ataca así a lo más íntimo del ser humano que es ser persona, porque persona es el ser que tiene el dominio sobre sí, es aquel ser que al menos puede decir «soy dueño de mí». El positivismo jurídico no es compatible con la índole personal del hombre.

2. *A cada uno.* a) Al contrario de lo que ocurre con la palabra dar, la expresión «a cada uno» es extremadamente precisa. La justicia no consiste en dar o repartir cosas a la Humanidad, a la Clase Obrera, a la Nación o al Pueblo; no se refiere a los «derechos de la Mujer», a los «de la Raza Negra», a los «de los Marginados», o a los «del Niño». Esta *justicia* moderna que mira a las abstracciones o a los grandes grupos como tales grupos, a las estructuras o a las clases sociales, poco tiene que ver con la justicia de la que aquí hablamos, la modesta justicia de los juristas. No es arte del derecho, sino política [18].

Se dice «a cada uno», porque la justicia mira a todas y a cada una de las personas humanas —o personas morales— que tienen un título sobre algo, sea éste de derecho positivo sea de derecho natural. La justicia da lo

18. El arte de establecer y conservar un orden en los grupos y en la multitud es la política, que es el arte de dirigir la colectividad. Por eso puede ocurrir que la ordenación de la colectividad suponga sacrificios para unos particulares en aras al interés general y al bien común. La justicia, en cambio, no mira al grupo como tal, sino al individuo —uno a uno, a cada uno— y, en consecuencia, no sacrifica a nadie, ni al más pequeño y modesto de los hombres. La justicia de clase, o la justicia entre clases no son la justicia de los juristas. De ahí que la llamada justicia social o justicia entre las clases y grupos sociales no sea cuestión de juristas, sino problema político.

suyo a cada titular de un derecho, a cada hombre, a cada mujer, a cada niño, o a cada entidad pública o privada. No es virtud de abstracciones o de grandes grupos, sino virtud de las relaciones sociales singulares y concretas. La justicia mira a los hombres uno a uno, no en multitud, y da lo suyo a cada uno.

Por eso el arte del derecho se vierte, en última instancia, en el caso singular y consiste en el arte de discernir lo justo entre personas concretas. El arte del jurista por antonomasia es el arte del juez, que decide entre partes tras un proceso.

La practicidad o mirada al caso singular traspasa toda la ciencia del derecho, desde el nivel filosófico al prudencial o inmediatamente práctico [19]. El fin último de la ciencia jurídica no es la explicación de «la institución», «la propiedad» o «la relación jurídica», no es la formación de un sistema de conceptos o el estudio teórico del orden social o del sistema de relaciones sociales; todo esto se ordena al caso concreto, en el cual hay que discernir el derecho de cada uno.

b) Decir que se da su derecho *a cada uno* significa también que la virtud de la justicia no conoce la discriminación o acepción de personas. Da a cada titular su derecho, sea quien sea. La justicia mira al titular del derecho, con independencia de cualquier otra circunstancia; no da lo suyo a su dueño por ser de tal o cual clase social, ignorando el derecho de los pertenecientes a otras clases sociales, ni se lo niega ni se lo da en virtud de su condición, estado o circunstancias. Para la justicia «puede tanto Cosme de Médicis como el último hombre de Florencia», en palabras de Antonino de Florencia. Lo que en otros términos dice lo mismo que Lev 19,15: «No cometas injusticia en juicio: ni favoreciendo al pobre, ni complaciendo al poderoso. Juzga a tu prójimo según jus-

19. Sobre los niveles del conocimiento jurídico puede verse, J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico* (Madrid 1964).

ticia». La justicia no tiene otra medida que la dignidad del hombre, la condición de persona, en la que se fundamenta todo derecho posible. Por eso, en los platillos de la balanza de la justicia todos los hombres son perfectamente iguales. De ahí que la injusticia primera sea la discriminación, la clásicamente llamada acepción de personas, de cualquier signo que sea [20].

c) Decir «a cada uno lo suyo» es sentar el principio de no discriminación. Hay discriminación o acepción de personas cuando dar a cada uno su derecho se hace depender de condiciones o circunstancias no objetivas en relación al derecho de que se trate; en otras palabras, cuando el trato concedido no obedezca exclusivamente a razones objetivas de la titularidad de un derecho o a su

20. Modernamente, en la profesión jurídica se ha introducido una forma sutil, pero inequívoca, de discriminación o acepción de personas: el llamado *uso alternativo del derecho,* según el cual se tiene en cuenta la pertenencia del sujeto a la clase «burguesa» (opresora) o a la clase «proletaria» (oprimida) para dictar sentencia en un sentido o en otro. Vieja forma de injusticia, con ropajes nuevos. Como es una forma brutal de injusticia la apelación a los «derechos humanos del pueblo» para reclamar el poder y, a continuación de obtenido, negar los más elementales derechos a la «clase opresora», a la que se elimina mediante la «justicia popular». Vieja forma de venganza y de discriminación o acepción de personas. En cuanto titulares de derechos, la justicia tiene como igual al pobre y al rico, al inocente y al culpable, al opresor y al oprimido. Libra al oprimido de su opresión, pero no niega los derechos naturales del opresor; defiende al pobre frente a la prepotencia del rico, pero no desconoce al rico los legítimos derechos que posea; protege al inocente frente al culpable, pero concede a éste un juicio justo y cuida de la proporción de las penas. Para la justicia, el último hombre de Florencia —pobre y arrastrado, con sólo el peso de su propia alma— puede tanto como Cosme de Médicis, con su riqueza, su prestigio y su posición política; pero pesa *igual,* no *más,* como Cosme de Médicis pesa igual y no más. En la balanza de la justicia, cada uno pesa lo que pesa su derecho. Por eso, la justicia es insuficiente para el desarrollo de la vida en sociedad y para resolver los problemas sociales: hacen falta la solidaridad, el amor, la liberalidad, etc.; sólo así pueden encontrar solución los problemas sociales y la vida social adquiere todo su rostro humano. Limitarse a dar a los demás lo justo deshumanizaría la convivencia humana. Mas no hay que confundir una cosa con otra.

ejercicio. Si la titularidad de un derecho se asienta en el hecho de ser persona humana, habrá discriminación cuando se niegue ese derecho en base a cualquier condición distinta de ser persona: por ser pobre o rico, blanco o negro, nacido o no nacido, varón o mujer, etc. Si el derecho se funda en el saber, habrá discriminación o acepción de personas, cuando se prefiera a alguien, no por su saber, sino por ser de tal orientación o por parentesco u otra circunstancia; o, al contrario, si se le hace objeto de preterición por estos motivos, etc.

d) El principio de no discriminación no significa «dar a todos lo mismo», pues esto no es la fórmula de la justicia, sino «dar a cada uno lo suyo». La justicia trata a todos igual, en el sentido de que da por igual a todos su derecho, pero no necesariamente da las mismas cosas a todos, si todos no son titulares de ellas. La justicia sigue al derecho. Hay cosas que pertenecen igualmente a todos —en general, los derechos naturales del hombre—, porque se basan en aquello en que todos los hombres son iguales; estas cosas se deben a todos por igual. Hay otras cosas, en cambio, que están diversamente repartidas y, por consiguiente, no se deben a todos por igual. La justicia da a cada uno por igual sus derechos, pero no reparte esos derechos: este reparto corresponde en parte a la naturaleza y en parte a la sociedad humana.

3. *Lo suyo.* El término «lo suyo» es una traducción del «ius suum» de la definición romana de la justicia. Esta traducción viene avalada por los testimonios de la antigüedad. Cicerón, por ejemplo, ya dijo que la justicia consistía en el «suum cuique tribuere». «Lo suyo» equivale, pues, a «su derecho» y la idea que expresa es la de dar a cada uno aquella cosa que le corresponde: la cosa que le es debida, que se le adeuda. *Lo suyo* es una *cosa.*

a) En primer lugar, cabe preguntarse, ¿qué tipo de cosa? Aquí los términos vuelven a ser amplios. Pueden significar bienes o males (v. gr. una pena por causa de

un delito), puede tratarse de cosas corporales o incorporales (v. gr. la buena fama o un cargo), puede ser una persona (v. gr. el hijo), una actividad humana (trabajo, gestión, etc.), puede ser un animal o conjunto de animales, o puede ser una cosa en sentido estricto. Los términos engloban todo aquello sobre lo que el hombre puede decir *mío, tuyo, suyo,* siempre que pueda ser objeto o contenido de relaciones interhumanas —por otro nombre, relaciones de alteridad o intersubjetividad— y por tanto de ellas se pueda predicar el derecho.

b) Esta última característica se ha puesto de relieve comunmente con la expresión *cosas externas.* Lo suyo, respecto de la justicia, sólo puede ser una cosa exterior o externa. La exterioridad significa que se trata de algo que, por estar de un modo u otro fuera del sujeto, es capaz de ser objeto de relaciones humanas. Esto es fundamental en la justicia, pues, como decíamos, el acto de la justicia se basa en que la titularidad, la posesión o el uso y disfrute de una cosa pueden ser interferidos o están en poder de otra persona distinta de aquel a quien corresponde. La justicia sólo puede obrar en el seno de las relaciones humanas y, por lo tanto, su objeto —lo suyo— ha de tener la nota de exterioridad.

Exterioridad —esto debe quedar claro— no quiere decir necesariamente que se trate de una cosa captable, de suyo, en sí misma, por los sentidos. Basta que, por tener alguna manifestación exterior, sea objeto de relaciones humanas y, por ello, capaz de ser captada o interferida —directa o indirectamente, inmediata o mediatamente— por otros. Por ejemplo, cuando hablamos del derecho de libertad religiosa es claro que no hablamos del acto de fe, como si éste, en sí mismo, pudiera ser objeto de apoderamiento por parte de otros. Pero de modo mediato sí puede ser interferido; puede ser interferido en sus manifestaciones y la persona puede ser objeto de coacciones. En determinados aspectos, la religión se exterioriza activa o pasivamente, lo primero por sus manifestaciones, lo segundo por las posibles coacciones. La creencia reli-

giosa, puede ser objeto de la justicia en la medida en que se hace exterior, aunque en sí misma sea un acto intelectual, que en cuanto tal no es captable por los sentidos.

c) Aunque la expresión «suyo» evoca a primera vista la idea de propiedad, no es éste el sentido que tiene en la fórmula de la justicia. Se entiende por suyo todo aquello que constituye un derecho del sujeto, todo aquello que le es debido, según el modo, la extensión y el tipo de derecho de que se trate. Suyo es lo que está atribuido a un sujeto como propiedad, pero suyo lo es también lo que está atribuido en usufructo, en arrendamiento; lo que le corresponde como esfera de poder o de libertad, etc. De ahí que una misma cosa pueda ser *suya* en relación a distintas personas, según distintas formas de titularidad. Y así, por ejemplo, una casa es del propietario, según el título de propiedad, a la vez que es del arrendatario según el uso y disfrute. En suma, lo suyo es todo aquello de lo que una persona es titular en concepto de algún tipo de derecho. Un estudio más a fondo se hará en el apartado siguiente.

§ 3. Lo justo.

1. *Noción.* Al igual que ocurre con la palabra justicia, el término «lo justo» es usado con los más diversos significados. Muy comunmente el lenguaje vulgar atribuye a esta expresión un sentido generalísimo, según el cual lo justo es todo aquello que se adecúa a la justicia, variando de connotación significante según lo que en cada caso se entienda por justicia. Pero lo mismo que la justicia tiene un significado muy preciso en relación al arte del jurista —dar a cada uno lo suyo—, también «lo justo» tiene, respecto al arte del derecho, un sentido preciso, que nada tiene de vago o generalísimo. Lo justo es el

objeto de la justicia, esto es, *aquella cosa que la virtud de la justicia impele a dar a otro por constituir lo suyo.* En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da.

Lo justo es, al mismo tiempo, el objeto del arte del derecho, aquello respecto de lo cual es arte, siendo como es el arte de lo justo y de lo injusto. El arte del jurista del que aquí hablamos consiste en determinar, dentro de una relación social, o dentro de una trama de relaciones sociales, qué cosas corresponden en derecho a cada uno de los sujetos. A esas cosas que corresponden a cada sujeto, lo suyo, las llamamos lo justo.

Lo justo es lo mismo que *lo suyo;* por lo tanto, según hemos visto, lo justo es una cosa o un conjunto de cosas. No es lo que se llama derecho subjetivo, sino las cosas que, desde la perspectiva de ese derecho, reciben el nombre de objeto del derecho subjetivo. Sin embargo, en el lenguaje de los juristas romanos y, en general, en el de la tradición jurídica —las excepciones comenzaron muy probablemente con Ockham— *lo justo, lo suyo* o *la cosa justa* (que de estas tres maneras se llama) recibe el nombre de *ius,* derecho. El *ius* o derecho no es, en este sentido, el derecho subjetivo, sino la cosa. La fórmula primigenia de la justicia reza «ius suum cuique tribuendi», dar a cada uno su derecho, fórmula que equivale —ya en Cicerón— a dar a cada uno lo suyo. Porque el arte del derecho consiste en determinar lo suyo de cada uno y lo suyo se llamó *ius,* los expertos en ese arte se llamaron juristas; como también el arte del derecho se llamó arte de lo justo, es decir, de lo suyo, del *ius.* Siempre lo mismo, el *ius* o derecho en sentido propio y estricto es una cosa (no un poder o facultad).

No se trata de negar la existencia del derecho subjetivo o facultad moral sobre la cosa. Lo que queremos decir es que el *ius* o derecho del que hablamos no es el derecho subjetivo. Y que el arte del jurista no es el arte o la ciencia de los derechos subjetivos, como interpretaron algunos autores del s. XIX. La justicia, al ser definida como la virtud de dar a cada uno su derecho, no puede

definirse primariamente como la virtud de reconocer a cada uno su derecho subjetivo, porque esto cambia sustancialmente la definición de la justicia, en la cual *su derecho* es la cosa suya. El cambio en la definición —que se opera sobre todo a partir de la Escuela moderna del Derecho Natural— no es indiferente, como alguno podría pensar. Sí, por ejemplo, se reconoce a todo hombre el derecho a los alimentos, esto querrá decir —de acuerdo con la hipotética noción de justicia como dar a cada uno su derecho subjetivo— que se es justo con todos, cuando a todos se reconoce la facultad de adquirir los alimentos. Se les reconoce la facultad, pero no se les da alimentos. Esta es la teoría individualista y liberal de la justicia, basada en una concepción egoísta de sociedad; es la justicia burguesa (de la burguesía liberal nacida a fines del s. XVIII). En cambio, según la noción propia y estricta de justicia, como sea que el derecho o *ius* de cada uno es una cosa, afirmar de todos el derecho a los alimentos es reconocer que todos tienen como suya una parte alícuota de los alimentos producidos en el mundo, de forma que si uno pasa hambre mientras otro está sobrealimentado, con el hambriento se comete injusticia: los alimentos están, en este caso, no sólo mal repartidos, sino injustamente distribuidos. La confusión del *ius* o derecho objeto de la justicia con el derecho subjetivo tiene consecuencias importantes. Y especialmente en la teoría de los derechos humanos.

2. *Lo justo como derecho.* La cosa que le está atribuida a alguien por algún título —lo justo o lo suyo de la fórmula de la justicia— recibe el nombre de *ius* o derecho, en virtud de una cualidad que la sitúa en el mundo de lo jurídico: esa cosa es *debida* en sentido estricto, o sea constituye una deuda. He ahí una primera cualidad de lo justo, ser *ius*, derecho, esto es, algo debido y, por tanto, exigible.

Porque es *ius* es justo, no al revés. Derivar *ius* de *iustum* no es sólo un error etimológico, sino también un error óntico o genético. Como ya hemos dicho, la jus-

ticia es subsiguiente al derecho, no lo contrario. En este sentido, no es exacto decir que el derecho deriva de la justicia *sicut a matre sua*, como escribía Acursio. Si acaso la justicia es hija del derecho. Lo que proviene de la justicia *sicut a matre sua* es el cumplimiento del derecho, la satisfacción de lo debido. Del mismo modo, el *ius* no se llama así *quia iustum* —como decía San Isidoro—, sino que lo justo, lo *iustum*, se llama así *quia ius*.

Hemos dicho que el derecho es algo *debido* y, por tanto, *exigible*. Quizás podría pensarse que la verdad está en lo contrario: el derecho es exigible y, por lo tanto, es debido. No lo pensamos así. Sería acaso verdad si estuviésemos hablando del derecho subjetivo, el cual se define como una facultad de exigir. Pero esto sigue siendo la teoría liberal de los derechos subjetivos, que concibe la vida social como el resultado del ejercicio de los derechos según el principio de iniciativa personal: *laissez-faire*. Nosotros no hablamos del derecho subjetivo, sino del derecho en sentido realista —el derecho en sentido propio y estricto— o cosa justa. La cosa es debida y, en consecuencia, debe darse en su momento, haya habido reclamación y exigencia previa o no. Los pagos, por ejemplo, deben realizarse en su momento sin necesidad de que preceda petición del acreedor; esta es la justicia. La cosa es debida, y porque lo es, el acreedor puede exigirla.

La estructura del *ius* o derecho del que aquí hablamos es la siguiente. El hombre, en virtud de su capacidad de dominio y apropiación, hace suyas las cosas. Con ello se establece una relación entre el hombre y la cosa, que, en principio, no es jurídica, sino una relación ontológica de dominio. El hombre que se adueña de un animal, se construye su vivienda, fabrica y usa unos utensilios, etc., domina su entorno en virtud de su poder ontológico y las cosas dominadas pasan a ser suyas en virtud de su capacidad de apropiación. Esto puede suceder —al menos en hipótesis— al hombre aislado, ajeno a la sociedad y al derecho. Robinson en su isla domina su entorno y hace suyas las cosas que domina. Supuesta esta relación de dominio, se genera respecto de los demás

hombres la deuda o deber de respeto, de restitución, de entrega, etc. Lo primero que nace en el plano de las relaciones humanas, lo primero en el plano jurídico, es el deber o deuda; por eso la cosa es *derecho,* ante todo, en cuanto que es debida. Y porque los demás le adeudan, el titular del derecho puede exigir. La *facultad de exigir o derecho subjetivo* aparece en un segundo momento respecto de la deuda.

La cosa se hace jurídica, se hace *ius,* o derecho, en virtud de su cualidad de *debida.* Esta cualidad es una cualidad de la cosa y, por ello, la cosa misma es derecho o *ius.* Lo jurídico no es sólo el derecho subjetivo —que en todo caso es facultad de la persona— sino también la cosa, porque la cualidad de debida es cualidad de la cosa; la cosa misma es la debida y exigible, por lo que ella misma es jurídica, es derecho o *ius.*

Para entender esto en toda su extensión y plenitud es preciso comprender qué es lo que llamamos juridicidad o cualidad de jurídico. Como no es éste el lugar para desarrollar tal tema, nos vamos a limitar a una observación. La juridicidad no revela una sustancia sino una relación. Siempre que a algo lo llamamos jurídico estamos denominando una relación. Por eso todo lo que llamamos derecho tiene dos nombres: el nombre de sustancia y el nombre de relación. Así el derecho-norma (o derecho objetivo) se llama *ley* y se llama *derecho.* Ley es el nombre de sustancia, derecho el de relación. La cosa tendrá su propio nombre de sustancia y será llamada derecho (en sentido realista) como apelativo de relación. La facultad moral se llama así como sustancia y derecho subjetivo como relación.

Pero, ¿en relación a qué? El derecho en sentido realista denota la relación de atribución de la cosa respecto del sujeto de atribución, a la vez que una relación bilateral: la cosa está —o puede estar— en poder de otro sujeto que no es el sujeto de atribución; por eso es una cosa debida y, en consecuencia, exigible. La palabra derecho o *ius* connota en la cosa la relación de deuda y exigibilidad. Por su parte, la ley es derecho en relación

a la cosa justa: regla del derecho[21]; y la facultad moral es derecho subjetivo en cuanto conjunto de manifestaciones del poder o dominio sobre la cosa.

3. *Lo justo como igual.* a) Lo justo, al ser lo debido, es aquella cosa que justamente —en su justa medida— corresponde al otro, y en consecuencia, hay que dárselo. Lo justo es exactamente lo debido, ni más ni menos; quien da menos no da al otro lo suyo, lo que le corresponde (esto es injusticia); quien da más, algo da que no es debido (y esto es liberalidad). De ahí que se diga que lo justo es lo *igual.*

Claro que, en un primer momento, puede sorprender este calificativo —¿igual a qué?— ya que toda relación de igualdad exige dos cosas que se comparan y lo justo es una sola cosa, lo que se adeuda; así pues, es muy razonable preguntarse: ¿a qué es igual lo justo? Cuando se dice que lo justo es igual, se está haciendo referencia, en primer lugar, a que lo que se da debe ser igual a lo que se adeuda. Si lo que se adeuda es A, no puede darse B. Lo justo es lo que se da; al decir que es igual, queremos decir que eso que se da es precisamente lo que se adeuda. ¿Qué es, entonces, lo que se compara en este caso? Se compara lo adeudado con lo dado. La comparación es necesaria, porque puede darse algo distinto de lo que se adeuda, pretendiendo con ello cumplir con la deuda; sin embargo, si esto ocurre no se ha dado lo justo.

En segundo lugar, se dice que lo justo es igual comparando las cosas que se intercambian, v. gr. un fundo por dinero. En toda relación de justicia en la que hay un intercambio, las cosas intercambiadas deben ser iguales, esto es, equivalentes; si este requisito se cumple, el contrato es justo, y es injusto en caso contrario.

21. Más adelante, al hablar de la regla de derecho, desarrollaremos este punto.

b) Lo que llamamos igualdad como característica de lo justo es una igualdad en sentido general, que puede ser de tres maneras, según el tipo de cosa que se adeude: identidad, equivalencia y proporcionalidad.

1.º Se da la *identidad* cuando lo que hay que dar es exactamente la misma cosa que salió de la esfera de poder del sujeto de atribución. Por ejemplo, aquel a quien le prestan un automóvil debe devolver precisamente ese automóvil; quien debe estar con sus padres para ser criado y educado es precisamente su hijo, no otro niño de características similares.

2.º La relación de *igualdad por equivalencia* se da cuando la cosa que hay que dar es igual en cantidad y cualidad (o valor) a la que salió de la esfera del sujeto de atribución. En este caso, la cosa en sí no es lo determinante, sino su cantidad y su cualidad. Si, por ejemplo, lo prestado es dinero circulante, es claro que lo que hay que devolver no son los mismos billetes o las mismas monedas, sino la misma cantidad, el mismo valor. En una compraventa, lo que se intercambia debe ser igual en valor, pero por definición es distinto en identidad: lo vendido es un objeto, lo pagado es un precio (dinero). En un trueque, también por definición, lo intercambiado es distinto en identidad, pero debe ser igual en valor.

3.º Hay una tercera forma de igualdad, que es la propia de las distribuciones: la proporción o igualdad proporcional. En los repartos o distribuciones, lo debido se determina en relación a la finalidad del reparto y a la relación de los sujetos con dicha finalidad. Lo que mide la igualdad del reparto es la *proporción entre los distintos sujetos y los bienes repartidos.* Un ejemplo clásico es el siguiente: la igualdad en el trato a los enfermos no está en dar a todos ellos las mismas medici-

nas, sino que está en dar a cada uno las medicinas que necesita. Esta es la igualdad proporcional o proporción [22].

De todo esto hablaremos con mayor extensión más adelante, al tratar de la relación de justicia.

4. *El título, el fundamento y la medida de lo justo.* Siendo el derecho la cosa debida e igual, fácilmente se desprende que el arte del jurista se resume en conocer el *título* y la *medida* de lo justo. De ellos diremos a continuación unas palabras.

a) El título es aquello en lo que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina —la fuente— el dominio del sujeto sobre la cosa. Dicho de otro modo, el título es lo que atribuye la cosa al sujeto, aquello en cuya virtud la cosa es suya. Los diversos títulos son de muy variada especie: el título puede ser una actividad (la ocupación, el trabajo, etc.), un pacto o convenio (un contrato), la ley, la naturaleza humana, etc.

No hay derecho si no hay título, porque falta la atribución. En consecuencia, para determinar lo justo, lo primero es determinar el título; sin título no es correcto invocar un derecho, pues tal derecho sería inexistente.

A veces se ha achacado inconcreción a la fórmula de la justicia. ¿Qué es lo justo para el hombre? ¿Acaso no vemos cómo unos reclaman derechos, cuya existencia es negada por otros? ¿No es cierto que a veces lo que se tiene por justo aquende de los Pirineos se tiene por injusto allende de ellos como decía Pascal? ¿No observamos también que los diversos sindicatos o los variados

22. Como sea que la mayoría de las veces que se habla de igualdad entre todos los hombres, lo que está en juego es el reparto de bienes, por lo que acabamos de decir se pone de manifiesto la injusticia del igualitarismo. Es injusta la discriminación, pero lo que el hombre pide y necesita es la igualdad proporcional; los bienes deben llegar a todos, mas en proporción a la finalidad de los bienes y a la relación de los sujetos con dicha finalidad. El igualitarismo, que no tiene en cuenta las diferencias entre los hombres, es una forma de injusticia.

partidos políticos defienden como justas reivindicaciones contradictorias? ¿Qué es lo justo? podría decirse imitando el gesto escéptico de Pilatos.

Tal inconcreción es sumamente verdadera, pero no se refiere a la justicia y a lo justo genuinos, sino a los usos analógicos y abusivos de estas palabras: nace la inconcreción cuando se confunde la justicia con la ideología, lo justo con lo conveniente o útil (que son cosas relativas), el derecho con la reivindicación.

El derecho —lo justo— no puede ser más determinado y concreto. Algo es derecho, es justo, cuando hay un título. Para averiguar si existe el derecho basta buscar el título. Determinar si lo conveniente o útil es que las vacaciones laborales duren veinte días o duren treinta puede ser cosa prácticamente imposible y, en todo caso, será asunto a decidir por equipos de economistas, sociólogos, laboristas y psicólogos, los cuales probablemente no se pondrán de acuerdo; por eso, cuestiones como ésta terminan por resolverse en la mesa de negociaciones. Saber, en cambio, si es justo, es cuestión de título: ¿existe una ley o un convenio colectivo o un contrato que determine los días de vacaciones? Lo que señale la ley, el convenio o el contrato, eso será lo justo. Quien sabe de esto es el jurista. Ciertamente pueden presentarse dudas, pero todos los sistemas de derecho tienen el modo de resolverlas: la sentencia judicial o el arbitraje de terceros.

b) No hay que confundir el título con el fundamento del derecho, pues son dos cosas distintas. El fundamento es aquello en cuya virtud un sujeto *puede* ser sujeto de derecho o de determinados derechos. El fundamento habilita para ser titular de un derecho, pero no lo otorga; en cambio el título otorga el derecho. Todo derecho se funda, en último extremo, en la condición de persona propia del hombre; pero puede haber un fundamento más próximo. Así los derechos políticos se fundan en la condición de nacional. Cuando se posee el fundamento no se posee por eso el derecho, si falta el título. Funda-

mento de los derechos hereditarios es la condición de hijo: en cambio el título es el testamento.

Esta distinción es especialmente importante en aquellos derechos que se fundan de manera próxima en la naturaleza humana, porque fácilmente se puede confundir el título con el fundamento. A veces la naturaleza humana es título y fundamento simultáneamente; otras veces es sólo fundamento. En el segundo caso, ni se tiene derecho si no hay título, ni puede decirse que la cosa se posea a título de naturaleza humana. Por ejemplo, el derecho de propiedad; la propiedad se funda en la naturaleza humana, pero todo derecho de propiedad concreto tiene un título positivo (herencia, compraventa, trabajo, ocupación, donación, etc.), de modo que ninguna cosa se posee a título de naturaleza. Y así, negar la propiedad es injusto, pero no lo es la redistribución de propiedades, si la distribución existente es contraria al bien común.

c) Por medida del derecho entendemos su caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca. Consiste en: *a*) la delimitación de la cosa (sea corporal o incorporal): su cantidad, cualidad, valor, naturaleza, etc.; *b*) de qué modo la cosa es del titular: como propietario, arrendatario, usuario o administrador, como primer titular o como delegado, etc.; *c*) facultades jurídicas que le competen; *d*) presupuestos de uso del derecho, etc.

La medida del derecho abarca desde su conformación intrínseca al conjunto de su regulación.

§ 4. La relación de justicia.

Desde la perspectiva en la que nos estamos moviendo, llamamos relación de justicia o relación jurídica a la que existe entre dos o más sujetos por razón de sus respectivos derechos o cosas que les pertenecen [23]. La más

23. Cuando se contempla la realidad jurídica desde otra perspectiva,

simple es la que existe entre dos hombres, de los cuales uno es el titular del derecho y otro es el que, teniendo la cosa que constituye el derecho, debe dársela a su titular. Corresponde ahora analizar algunos aspectos de este tipo de relación.

1. Para que exista una relación de justicia se requiere que los sujetos sean iguales. No hablamos aquí de distinciones o desigualdades sociales que indudablemente pueden existir, sino de aquella igualdad que *permite satisfacer la deuda*. Hay, en efecto, casos en los que la desigualdad entre los sujetos provoca un desequilibrio tal entre lo adeudado y lo que se da, que no se puede satisfacer la deuda más que en parte. Ello es debido a que lo que se da y lo que se recibe provienen del ser desigual de los sujetos y de su mutua relación. Estas relaciones desiguales se han llamado tradicionalmente relaciones de *piedad*. Así lo recibido de los padres —la vida misma— engendra en los hijos una deuda de ayuda y reverencia; pero esta ayuda y esta reverencia serán siempre bienes inferiores a los recibidos; falta entonces la igualdad entre lo debido y lo pagado que es propia de la justicia. Esta desigualdad tiene su origen en la desigualdad entre padres e hijos —engendradores unos y engendrados otros—. Algo similar ocurre entre la sociedad humana y cada uno de los individuos: es más lo que recibe éste de la sociedad, que lo que aporta a ella.

En los supuestos de relaciones de piedad, como lo adeudado es una deuda no menos vinculante que la de justicia (propiamente es más vinculante), se habla también de *derecho*, aunque sea —en el sentido indicado— un derecho imperfecto (falta la plena igualdad). Sin embargo, esta distinción no tiene relevancia en el foro ni en la ciencia jurídica: el derecho imperfecto se asimila al

v. gr. desde el punto de vista del orden y en consecuencia desde la ley, el concepto de relación jurídica adquiere modalidades distintas. Vide J. HERVADA, *Sugerencias acerca de los componentes del Derecho*, en «Ius Canonicum», VI (1966), págs. 53 ss.

derecho en sentido estricto y propio (sin olvidar sus peculiaridades cuando sea del caso).

Habrá podido observarse que, al tratar del derecho y de la justicia, aparece en distintos lugares la igualdad. No hay que confundirse, porque se trata de igualdades distintas: 1.º Hay una primera igualdad que es la propia de lo justo, esto es, la igualdad entre lo debido y lo dado. 2.º Hay una igualdad a la que acabamos de referirnos: es la igualdad entre los sujetos de la relación de justicia. 3.º Está también la igualdad de la justicia como no discriminación y ésta se refiere al trato otorgado a distintos sujetos: todos los hombres deben ver reconocidos por igual sus derechos. En resumen, una es igualdad entre cosas, otra es igualdad entre sujetos y la tercera es igualdad de reconocimiento del derecho.

2. La relación de justicia es una relación que tiene la nota de alteridad, también llamada intersubjetividad. Con ello se indica que la relación de justicia requiere dos o más sujetos *en distinta y complementaria posición;* uno o unos como acreedores, otro u otros como deudores. La razón la indicábamos antes: consistiendo la justicia en dar a cada uno lo suyo, requiere necesariamente al menos dos sujetos: el titular del derecho y el deudor. Y dos sujetos en posiciones distintas y complementarias (acreedor-deudor). Ambos sujetos o grupos de sujetos se encuentran unidos por una relación obligatoria o vinculante, o sea por un vínculo de naturaleza jurídica.

Según esto, la relación de justicia o relación jurídica comprende: *a*) los sujetos; *b*) el vínculo jurídico, y *c*) el contenido, o situaciones jurídicas (derechos subjetivos, deberes, facultades, poderes, etc.) que comporta la relación. El fundamento de la relación, o sea aquello por lo cual están relacionados los sujetos y la relación tiene naturaleza jurídica, es la cosa justa o derecho en sentido realista.

3. La alteridad o intersubjetividad es relación entre dos sujetos distintos, relación con otro, *alter*. La conse-

cuencia principal reside en que tal relación sólo puede darse entre personas en lo que son enteramente otros. En aquellos aspectos en los que esta alteridad no es perfecta, no puede haber propiamente una relación de justicia. La razón es la siguiente: en la medida en que los sujetos no sean enteramente otros, no hay entera distinción entre lo suyo. Y así, los hurtos domésticos de los hijos de familia sólo en parte constituyen injusticia, porque en lo que atañe a la familia no hay entre padres e hijos una perfecta alteridad.

Otra consecuencia no menos importante es que la relación de justicia es, ante todo, una relación del deudor hacia el acreedor. Como se trata de dar a cada uno lo suyo, la justicia *mira al otro* y en este sentido eminente es *ad alterum*.

§ 5. Clases fundamentales de relaciones de justicia.

Lo justo importa al jurista por igual en su doble aspecto de derecho y de deuda. El primero de los aspectos mira sobre todo al titular del derecho, puesto que manifiesta lo que es lo justo en relación a él: lo que tiene que recibir. El segundo aspecto mira particularmente al sujeto de la justicia, aquel que tiene que dar. Por eso el arte del derecho se resume en el arte de determinar derechos y deberes. Pues bien, la determinación de esos derechos y deberes depende, en sus líneas fundamentales, de los tres tipos básicos de relaciones de justicia conocidos: lo debido entre personas —físicas y morales—, lo debido por la colectividad al individuo y lo que el individuo debe a la colectividad. En cada una de estas relaciones la deuda adquiere características distintas y el derecho tiene rasgos diferentes. Por eso desde Aristóteles se han distinguido al respecto tres clases de justicia, que corresponden a cada uno de los tipos de relaciones de justicia señalados: la justicia conmutativa, la justicia distributiva y la justicia legal.

1. *Lo debido entre personas (justicia conmutativa).* La relación de deuda entre las personas surge por el intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes del otro. En el ámbito de estas relaciones las acciones pueden reducirse a tres clases: *a*) el intercambio de cosas (v. gr. la compraventa o el arrendamiento); *b*) la traslación de una cosa (p. ej. el comodato, o préstamo gratuito, y el depósito) que genera el deber de devolución; y *c*) el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, el cual genera la restitución y, subsidiariamente, la compensación.

Lo justo en estas relaciones se mide por la identidad o la igualdad en cualidad y valor de las cosas; esto es, por lo que Aristóteles llamó la *igualdad aritmética.* Lo típico de esta igualdad es que se trata de una igualdad entre cosas. Y aquí sí que se trata de una justicia igualitaria, porque no se mide lo justo en razón de las personas —según su capacidad, su dignidad o sus necesidades—, sino en razón de las cosas mismas. El precio en la compraventa, por ejemplo, no se mide por la pobreza o riqueza del vendedor, sino por el valor de la cosa comprada. El hurto engendra la obligación de restituir la cosa hurtada en su entera cantidad, lo mismo si la víctima es un particular que si es una entidad estatal, tanto si el que se apodera ilegítimamente de los bienes ajenos es el Estado o un poder revolucionario, como si es un descuidero, etc.

En estos casos la medida de lo justo, la igualdad propia de la justicia, es la perfecta y absoluta igualdad, una igualdad *real* o entre las cosas *(res).*

Esta igualdad absoluta entre las cosas tiene su base en la igualdad de las personas, tal como se presentan en estas relaciones de justicia. Pues, en efecto, toda persona se presenta ante el otro —en estas relaciones— según su nuda condición de sujeto o titular del derecho, condición que es exactamente igual en todos.

La justicia entre personas de la que acabamos de hablar recibe comúnmente el nombre de *justica conmuta-*

tiva, por ser las conmutaciones o intercambios sus actos principales.

2. *Lo debido por la colectividad al individuo (justicia distributiva)*. a) La vida social no es sólo un entramado de relaciones entre individuos, sino que comprende también el fenómeno de la colectividad (asociación, comunidad, empresa, etc.), del cual son las máximas expresiones hasta ahora conocidas el Estado y la comunidad internacional. En el interior de una colectividad se dan relaciones de justicia entre ella y los individuos que la componen, siendo estas relaciones de dos clases: relaciones de la colectividad respecto de sus componentes (justicia distributiva) y relaciones del individuo respecto de la colectividad a la que pertenece (justicia legal). En este apartado vamos a estudiar el primer tipo de relaciones, o sea aquellas que afectan a la justicia distributiva.

Pero antes estimamos oportuno aludir a un extremo, que puede ser útil para entender mejor las explicaciones que siguen. Toda relación de justicia se basa en la alteridad, la cual supone la distinción entre los sujetos. Ahora bien, la relación entre el individuo que compone una colectividad y ésta es una relación de la parte al todo, pues el individuo es ciertamente una parte del todo social; parece, en consecuencia, que no caben aquí relaciones de justicia, ya que la parte, por definición, es algo del todo, impidiendo la alteridad.

La absorción de la parte (el individuo) por el todo (la colectividad humana) es la teoría propia del colectivismo, según el cual el hombre no sería otra cosa que un componente de la Humanidad o del Estado; lo que prevalece es el todo (totalitarismo), siendo el hombre absorbido por la sociedad, de la que no sería más que una parte individual. El hombre estaría, de ser cierta esa teoría, enteramente al servicio del todo social (como una simple pieza del mecanismo social), no teniendo ante él ningún derecho (porque nada tendría de por sí, como nada tiene de por sí la pieza de un mecanismo). A ello se opone la condición de persona que es propia del hom-

bre. La persona, si bien tiene la facultad de comunicación, de relación con el otro, de tener con él cosas comunes, es, en su ser radical, *incomunicable,* es decir, se trata de un ser *sui iuris,* incapaz de pertenecer a otro. Esta incapacidad no es un defecto sino una perfección: se trata de aquella tan elevada forma de ser, por la cual el ser se posee a sí mismo y es plenamente él, con un ser y una existencia irrepetibles e incomunicables. En la colectividad la persona es parte, ya que, en virtud de su capacidad de comunicación, hace común con los demás unas finalidades, unos bienes, unas actividades; pero lo es sólo limitadamente, porque sigue siendo *otro,* con una esfera de dominio sobre sí, que de ningún modo se hace colectivo. De manera que es parte, porque parcialmente se inserta en la colectividad, pero no lo es totalmente, en la medida en que sigue siendo *otro.* La colectividad y el individuo humano mantienen relaciones de alteridad.

La persona, respecto de la colectividad, se presenta en una doble posición: *a*) Como enteramente otra, distinta de la colectividad y fuera de ella; de ahí que quepan multiformes tipos de asociaciones y comunidades, a los cuales la persona pertenece sólo respecto de una esfera de su vida (profesión, deporte, recreo, política, etc.). Esto también es cierto por lo que atañe al Estado, frente al cual la persona se presenta como titular de una esfera privada, de un ámbito de ser y de actuar que permanece fuera de su inserción en el Estado; o sea como sujeto del conjunto de derechos naturales respecto de esa esfera. *b*) En el seno de la colectividad, esto es, en relación a lo que la persona comunica con los demás, ésta sigue manteniendo una dimensión de alteridad. La colectividad es relación, no fusión. La persona participa de lo común, pero no se hace común; siempre sigue siendo enteramente otro respecto de los demás consocios. De ahí que en el seno mismo de la colectividad se mantengan las posiciones de alteridad, si bien con una modulación típica y específica.

En estos hechos reside el que quepan relaciones de

justicia entre la colectividad y la persona, por lo que se refiere a la alteridad.

b) Para determinar la relación de justicia de la colectividad respecto del individuo que la compone, hay que ver dónde se sitúa la deuda de la primera respecto al segundo: ¿dónde reside lo debido por la sociedad y dónde el derecho del componente? Es evidente que la justicia comienza donde comienza la alteridad: allí donde el individuo se manifiesta como otro respecto de la colectividad, allí puede haber relaciones de justicia entre una y otro. Supuesta la alteridad, la relación de justicia de la que aquí estamos tratando, se originará si algo de la sociedad es derecho del individuo. En lo colectivo en cuanto colectivo no hay alteridad y, por otro lado, las cosas son del ente colectivo y en cuanto colectivo el ente se presenta como uno. Por lo tanto, las relaciones de justicia aparecen allí donde lo colectivo se desglosa entre los miembros; es decir, en la distribución de lo común entre los individuos. La justicia en la distribución reside, pues, *en el paso a la esfera particular de lo que pertenece a la esfera colectiva.* Se trata de la distribución de los bienes y cargas comunes a los individuos que forman la colectividad.

Como se trata de la distribución de lo común, es claro que el derecho del individuo presenta caracteres diversos que el derecho en las relaciones de justicia conmutativa. En las relaciones entre los individuos, el derecho es algo predeterminado por el título; en cambio, en las distribuciones sólo hay título al reparto justo. En efecto, la cosa, antes de repartirse, no es del individuo sino de la colectividad, se hace suya —del individuo— en el momento de la distribución; antes de eso lo suyo es simplemente la destinación de los bienes y de las cargas a repartirse entre los componentes; y por lo tanto el derecho versa propiamente sobre el *trato a recibir* en la distribución: el individuo tiene el derecho a ser tratado como corresponde a su condición de destinatario de los bienes y de las cargas de la colectividad.

¿Por qué el trato a recibir es un derecho? Porque como miembro que es participa del ser total de la colectividad y, por lo tanto, la colectividad vive por él; participa, pues, de los bienes y de las cargas de la colectividad según su condición de miembro. Estos le están destinados. Luego, al pasar los bienes de la colectividad al individuo, deben pasar de acuerdo con la destinación, que se apoya en la condición de miembro. A la vez, la colectividad no sólo vive por sus miembros sino también para sus miembros; en consecuencia el miembro ha de recibir según aquella proporción en la que le están destinados los bienes y cargas por su condición de miembro.

c) Esto supuesto, la cuestión que se plantea ahora es determinar la medida de lo justo, esto es, cómo se mide el reparto justo. Ya decíamos antes que una característica de lo justo es que es igual, es decir, lo debido debe corresponder al derecho. Si el derecho es el trato a recibir en aquella proporción en la que los bienes y cargas le están destinados según la condición de miembro, lo debido vendrá determinado por esa proporción.

¿Cómo se mide esa proporción? Toda sociedad o colectividad se especifica por sus fines; de la finalidad recibe su medida u orden la actividad de la colectividad y por ella se miden las relaciones de la colectividad con sus miembros y de los miembros con la colectividad. Luego lo que corresponde dar a cada miembro vendrá determinado por la posición de cada uno respecto de la finalidad colectiva. Esta posición se determinará por la distinta forma e intensidad de participación en el fin colectivo. A distinta forma e intensidad de participación en la finalidad colectiva, corresponde una distinta participación en los bienes y cargas colectivas.

Estamos ante una participación diversa respecto a cada persona. Entonces, ¿dónde reside la igualdad? La igualdad reside en la *proporción*. Se tratará igual a los miembros de una colectividad cuando se les trate proporcionalmente a su posición relativa a los fines de la colectividad. Algunos ejemplos pueden servir para acla-

rar este punto. Si se trata de un capital colectivo cuyos beneficios se deben repartir, la distribución será justa cuando los beneficios se repartan en proporción al capital aportado; si el capital es cien y los beneficios diez, lo justo es que se dé uno a quien puso diez de capital, cinco a quien puso cincuenta y tres al que puso treinta. Si una sociedad deportiva tiene miembros jugadores y miembros sólo espectadores, lo justo será dar a los jugadores lo preciso para jugar y a los espectadores los medios para contemplar el juego; en este caso, jugar es a los jugadores lo mismo que contemplar el juego a los espectadores. En una familia el padre trata igualmente a todos sus hijos si les proporciona el traje que necesitan, a cada cual según su medida —y por lo tanto de valor de compra diverso—, no si proporciona a todos trajes de la misma medida.

En suma, la igualdad de la justicia distributiva reside *en la proporción entre las cosas y las personas*, no entre las cosas como en la justicia conmutativa [24].

d) El criterio de la distribución proporcional podemos resumirlo en esta fórmula: a cada cual según su condición, sus capacidades, su aportación a la sociedad y sus necesidades.

a) La *condición* tendrá relevancia cuando en una colectividad existan diversas formas o tipos de pertenecer a ella (clases de miembros). Dentro de la familia no es idéntica la condición de padre que la de hijo; al padre y a la madre se le deben cosas, v. gr. respeto y obediencia, que no se deben al hijo.

Aun bajo el principio de igualdad en cuanto a la condición de miembro, en la colectividad se da el *principio de distinción de funciones:* son distintos los oficios, cargos y actividades que cada uno desarrolla dentro de la colectividad. Por razón de este hecho, corresponde a cada cual lo que pertenece a su función. Así, en una empresa

24. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, q. 61, aa. 2 y 4.

constructora no participan de su finalidad —construir edificios— lo mismo el arquitecto que el oficinista o el peón de albañil. La distinción de funciones introduce un distinto grado de responsabilidad, que conlleva que la igualdad de la justicia sea la proporcional.

Respecto al punto que estamos exponiendo tiene importancia decisiva la constitución de la colectividad, según los tres modelos que clásicamente se han llamado *democrático, aristocrático* o *monárquico.* Al modelo democrático responden aquellas colectividades que se constituyen como uniones de iguales, desde un club de cazadores a los modernos Estados democráticos o la comunidad internacional. En las colectividades que responden a ese modelo, la base de partida es la igualdad de los miembros; por eso en ellas la justicia de la distribución ha de partir de la igualdad en la condición de los miembros. Y así el voto vale igual para todos los ciudadanos, porque el voto corresponde al ejercicio de un derecho fundado en una condición que es en todos igual. Que un votante sea más responsable y sepa más respecto a lo que conviene al bien de la sociedad no es aquí relevante, porque en el modelo democrático lo que mide el valor del voto no es el saber o la responsabilidad, sino la condición de miembro.

Hay otras colectividades, en cambio, que se constituyen como comunidades de desiguales y ello, en ciertos casos, por la naturaleza misma de la comunidad. Una clínica, por ejemplo, es una empresa social en la que, por naturaleza, hay médicos y enfermos, quienes padecen una enfermedad y quienes tienen la función de curarlos. Lo mismo ocurre en la Universidad; por su misma naturaleza es una comunidad de maestros y escolares, de quienes tienen función de enseñar y quienes van a aprender. En las colectividades que responden a este modelo desigual la distribución de bienes y cargas ha de hacerse en función de esta posición desigual, y en ello reside la justicia. Que en una clínica los tratamientos médicos se prescribiesen por comisiones paritarias de médicos, enfermeras, limpiadoras y enfermos, sería no sólo desastro-

so, sino injusto. Igualar en lo que hace falta ciencia, a quien sabe y a quien no sabe es una injusticia propia y estricta. Es una distribución injusta de bienes y cargas, de derechos y deberes.

Por último, el tercer modelo es aquel en el que la constitución de la colectividad está basada en la preeminencia de uno, como ocurre en el ejército. En este caso, la justicia distributiva se basa también en la desigualdad de posición y función.

b) En el reparto de cargas y distribución de funciones, el factor más importante reside en las *capacidades* de la persona en relación a dichas cargas o funciones; evidentemente es una injusticia pedir a uno más allá de la propia capacidad. La proporción de la justicia, por lo que atañe a la capacidad, reside en imponer las cargas y distribuir las funciones proporcionalmente a la capacidad. Por ejemplo, no es ya un desorden, sino que es además injusto, que los impuestos recaigan sobre los más pobres —como ocurrió en Europa en siglos anteriores—, o que los impuestos directos no respeten la proporcionalidad en los ingresos y en las cargas. Igualmente lo justo es atribuir las funciones en proporción a las capacidades de cada uno. La introducción de criterios diferentes supone una discriminación.

La capacidad juega también en el reparto de bienes, pues hay bienes que deben repartirse según la distinta capacidad. Así la educación y la enseñanza deben ser puestas al alcance de todos, mas según la propia capacidad. No será justo, por ejemplo, que a la Universidad no puedan acceder personas con talento, mientras acceden otras sin talento suficiente, sólo porque tienen bienes económicos. A la vez, tampoco sería justo hacer acceder a todos a un nivel de enseñanza para el que todos no tienen suficiente capacidad, rebajando el nivel de las enseñanzas, lo cual iría en perjuicio de quienes tienen la capacidad adecuada; por dar a todos lo mismo, se negaría a cada cual lo suyo, y eso entraña injusticia. La acusación de elitismo que, en relación a estos aspec-

tos de la justicia distributiva, se hace a veces es una cobertura de la injusticia.

c) Un tercer criterio es la *aportación al bien de la colectividad,* que opera en relación al reparto de bienes. Es justo que quien más aporta a la colectividad reciba más. Según un ejemplo que antes hemos puesto, los beneficios del capital deben repartirse proporcionalmente a la aportación de cada accionista al capital. Es justo que quien más trabaja reciba mayor sueldo.

Este criterio no es aplicable cuando la mayor aportación se hace como medio de redistribución de bienes, o cuando es consecuencia de la aplicación del criterio de la capacidad. Y así, el mayor contribuyente no tiene derecho —ni debe tenerlo— a mayores servicios de la comunidad política, que aquellos que pagan menos impuestos por ser menor su capacidad tributaria.

d) Por último, también es criterio de distribución de bienes la *necesidad.* Es justo que reciba más, quien más lo necesita. Pero sólo es justo este criterio cuando la necesidad está en relación con la finalidad de la colectividad y se combina con los restantes criterios. Por ejemplo, los accionistas no reciben el beneficio del capital en proporción a su necesidad, sino a su aportación. Cuando no se dan las indicadas condiciones, el remedio de la necesidad no es propio de la justicia, sino de otras virtudes como la solidaridad, la liberalidad o la misericordia.

Pero, supuestas las condiciones señaladas, es justo que el reparto o distribución se haga en proporción a la necesidad. Es justo que reciba más sueldo el asalariado con más cargas familiares, como es justo que se proporcione enseñanza especial —de mayor costo que la normal— a los disminuidos.

De lo que acabamos de ver sobre la justicia distributiva se deduce que el criterio: «de cada uno según su capacidad, a cada uno según su necesidad» es excesivamente simplista y no es suficiente para abarcar toda la

justicia distributiva. Con no menos claridad se deduce la grave injusticia que comporta el igualitarismo. Dar a todos lo mismo desconoce la rica variedad de situaciones sociales, el mérito, la laboriosidad y la entrega a la colectividad; niega la diversidad de necesidades y de capacidades, etc.

3. *Lo debido por el individuo a la colectividad (justicia legal).* Si hay una deuda de justicia de la colectividad respecto de sus miembros, también éstos tienen con respecto a aquélla un deber de justicia. Se trata ahora de delimitar esa deuda.

Para ello debemos responder a esta pregunta: ¿cuál es el derecho de la colectividad ante sus componentes? Aquel bien que corresponde a la colectividad, que es propiamente suyo en cuanto tal colectividad y que sus componentes en cuanto tales deben contribuir a obtener, es el bien común colectivo, o sea, la finalidad a la que esencialmente está ordenada. Lo cual es obvio, porque la finalidad es lo que cohesiona la colectividad —unión para unos fines— y en consecuencia es aquello en cuya razón los individuos se unen. El bien común constituye el derecho de la colectividad ante sus componentes y, correlativamente, la deuda de éstos ante ella. Lo debido por el individuo a la colectividad es su contribución al bien común.

Una vez establecido este principio, como en los otros casos debemos preguntarnos por el criterio que mide este deber según justicia. ¿En qué medida la contribución al bien común es una deuda de justicia del individuo respecto de la colectividad? Será debido en justicia aquello que en la actividad en orden al bien común se presente como obligación estricta; y esto es lo que señalen las leyes. En efecto, las leyes son las ordenaciones imperativas —las obligatorias y por tanto las debidas— en función del bien común. Luego el criterio de la justicia del individuo respecto de la colectividad es el cumplimiento de las leyes. Por eso, es clásico hablar en estos casos de justicia legal.

La igualdad debe existir entre lo mandado por las leyes y lo efectivamente cumplido.

Todo el sistema de leyes de la comunidad política es por esta causa objeto del arte del derecho, por cuanto su recto cumplimiento es un derecho de la colectividad y una obligación de justicia de toda persona.

§ 6. El fundamento del derecho.

1. Es hora de que tratemos del fundamento del derecho y de la justicia. El derecho existe: es el bien que, respecto de una persona, es suyo, o sea, aquel bien respecto del cual la persona tiene una relación de dominio; por eso le es debido. Esto supuesto, ¿cuál es el fundamento de que una persona domine algo, en qué se funda que un bien pueda ser y llamarse suyo respecto de una persona?

Es evidente que no planteamos aquí el tema del título del derecho. El título es aquello en cuya virtud algo pasa al dominio de alguien, y ahora estamos planteando una cosa distinta; no hablamos del título sino del fundamento del derecho. La relación entre su titular y una cosa es una relación de dominio y en esto reside la cuestión. ¿Por qué el hombre domina algo? ¿En qué se funda este dominio?

La capacidad y el acto de dominio se fundan en la condición de persona propia del hombre. El fundamento del derecho —de todo derecho—, y en consecuencia el fundamento de la justicia, estriba en el hecho de que el hombre es persona.

¿Qué es ser persona? Una persona es un ser, que es ser tan intensamente —de tal manera es ser—, que domina su propio ser. Por eso la persona es *sui iuris*, dueña de su propio ser. El propio dominio —en su radicalidad ontológica— es el distintivo del ser personal y el fundamento de su dignidad [25].

25. Para evitar confusiones conviene distinguir entre el uso del do-

El dominio de la persona humana sobre su propio ser engendra, por de pronto, el dominio sobre cuanto le constituye (su vida, su integridad física, su pensamiento, su relación con Dios, etc.). Al mismo tiempo, el ser del hombre es, junto a naturaleza, historia: se ordena a unos fines; por lo tanto, el dominio del hombre sobre su ser se extiende a la apertura y tensión a obtener sus fines propios. Este dominio se manifiesta en una multiplicidad de derechos naturales del hombre, que son la expresión de ese dominio radical.

A la vez, la capacidad de dominio se extiende a aquel círculo de cosas que encuentra en el Universo y que, por no ser personas, son seres que no poseen el dominio sobre su propio ser y, en consecuencia, son radicalmente dominables. El hombre puede hacer entrar en su dominio las cosas exteriores a él. La persona humana tiene capacidad de apropiación, y en esta capacidad de apropiación se funda el derecho y, en consecuencia, la justicia. Una vez atribuida, apropiada, la cosa pasa a ser como una extensión de la persona, es su esfera de dominio; por eso es *suya* y, en virtud del estatuto ontológico de la persona humana, le es debida. La deuda se funda, en última instancia, en el estatuto ontológico de la

minio y el dominio en su radicalidad. Toda persona humana se pertenece a sí misma y en virtud de su misma ontología es incapaz radicalmente de pertenecer a otra persona. Este dominio radical se manifiesta en el dominio real, libre, de sus actos. Ahora bien, esta manifestación puede venir obstaculizada por enfermedades y defectos (dementes, subnormales, etc.); en estos casos cabe una tutela o cuidado, pero no un verdadero y propio dominio —pertenencia en sentido estricto— sobre la persona; en su radicalidad ontológica, toda persona —aunque padezca las enfermedaes o defectos mencionados— se pertenece a sí misma.

La plenitud y perfección absolutas de este rasgo sólo se dan en Dios. El hombre es, en relación a Dios, ser por participación y también por participación es persona; las relaciones del hombre con Dios suponen —en el orden ontológico— que el hombre tiene un ser otorgado y dependiente y, en este sentido, bajo la potencia divina; pero en el orden de las relaciones personales con Dios, la personalidad del hombre está exquisitamente respetada y, por ello, la esfera de esas relaciones personales del hombre con Dios se basan en la libre apertura del hombre a Dios.

persona humana; de ahí que la fuerza del derecho sea igual e idéntica en todos los hombres [26].

Siendo el fundamento del derecho la ontología de la persona humana, que comporta la capacidad de apropiación, es evidente que el hecho de que las cosas estén atribuidas, que estén repartidas, es un hecho que nace de la misma constitución ontológica de la persona humana, de su ser personal. Otra cosa es que estén mal repartidas; tal desorden no lo origina la personalidad del hombre, sino la injusticia. Pero en todo caso el mal reparto es injusto por la condición personal del hombre.

2. Aunque desborde un tanto el tema que acabamos de tratar, no es inoportuno aludir aquí al sentido último del derecho. En breves palabras podríamos decir que el fenómeno del derecho aparece dentro del *sistema racional de las relaciones humanas:* es fruto del carácter personal del hombre y de las relaciones interhumanas, que son relaciones interpersonales.

El mundo irracional se organiza como un juego de fuerzas físicas, biológicas e instintivas. Lo que rige el mundo irracional es la fuerza. Y ello es así porque los seres que lo componen no son personas, sino meros individuos que no dominan su ser ni son otra cosa que partes de su especie y del universo; ni se poseen a sí mismos ni poseen nada: son piezas de un conjunto. En el mundo animal, por ejemplo, se dan ciertos fenómenos que en apariencia recuerdan el dominio del hombre y su capacidad de apropiación. Los animales tienen guaridas o nidos, se reparten el territorio, forman unidades entre progenitores y crías, etc. Parece que puede hablarse, respecto de un animal, de *su* guarida o nido, *sus*

26. Habrá podido observarse que el fundamento del derecho no es la dignidad de la Humanidad, de la especie humana, de la colectividad, sino la condición ontológica de la persona. El sujeto primario del derecho es la persona y por ella y a su través lo es la colectividad. Invertir los términos, como lo hacen los colectivismos, es trastocar el fundamento del derecho, mejor dicho, es negar el derecho.

crías, *su* territorio, *su* caza. Sin embargo, todo esto es simple instinto y fuerza. El animal asentado en un territorio es expulsado de él por otro más fuerte, sus crías le son quitadas por las aves rapaces y los depredadores, su caza le es arrebatada y sobre todo él puede ser muerto o incluso servir de alimento sin que se produzca ningún atentado a su estatuto ontológico. El animal no posee de por sí nada, porque ni él mismo se posee. El depredador que arrebata una pieza cobrada por otro animal o le arranca una cría no es ladrón ni asesino ni está obligado a restituir, porque el depredador y el depredado no son más que elementos de un conjunto que se mueve por un juego de fuerzas.

El hombre no es pieza de un conjunto, sino protagonista de la historia por medio de decisiones libres; cada hombre es *señor de sí,* de modo que la sociedad humana es la armónica conjunción de libertades. En el universo humano la razón sustituye a la fuerza, porque es un universo libre. Donde hay libertad no hay fuerza sino, en su caso, obligación, que es algo propio del ser racional. Y libertad y obligación presuponen el dominio de la persona sobre su ser; sólo el que domina su ser es capaz de decidir entre el sí y el no, y sólo el que domina su ser es capaz de estar obligado, pues la obligación supone la capacidad de decisión (no es una fuerza, sino apelación a una respuesta libre). En el universo humano la fuerza está sustituida por el dictamen racional (que es lo que propiamente llamamos, en sentido general, *ley*). A diferencia del animal, la persona se posee a sí misma y domina las cosas de su entorno, que, cuando pasan a su dominio, son verdaderamente suyas. La persona posee su ser y posee cosas, de modo que atacar ese dominio ataca su estatuto ontológico. La posesión de la persona engendra deuda en las demás personas. El derecho no es fuerza, es deuda; por eso no depende de la fuerza, sino de la índole personal del hombre. En el universo humano, la fuerza, cuando sustituye al dictamen racional y al derecho, ataca siempre la índole personal del hombre, pues lo sitúa al nivel

del universo irracional; por eso entraña injusticia. La fuerza sin derecho es violencia, injusticia.

El dominio *personal* no es fuerza ejercida ni producto de la fuerza, sino atribución sustentada en la índole poseedora de la persona; por eso no engendra fuerza sino deuda, ni se basa en la fuerza sino en el derecho, esto es, opera dentro del sistema racional de relaciones humanas: relaciones de derecho.

Este es el error fundamental de cuantos pusieron el fundamento del derecho en la fuerza. Es el error de Calicles, para quien fuerza y justicia son lo mismo: el hombre de natural poderoso que se alza con su fuerza y se erige en dominador es un tirano. Es el error de Hitler cuando escribía que su filosofía del Pueblo «se siente obligada a favorecer la victoria del mejor y del más fuerte, para exigir la subordinación del inferior y del más débil, en conformidad con la eterna voluntad que domina el universo», postulando que la raza superior venga a ser dueña y dominadora de los otros pueblos; esto no es el derecho, sino la opresión injusta. Como es el error de Spinoza al identificar el derecho con el poder físico; tal cosa no es derecho sino irracionalidad. El derecho se asienta en la condición de persona y en la razón; es independiente de la fuerza o de la debilidad, es igual en el poderoso que en el débil.

Es obvio por lo dicho que el derecho —el fenómeno jurídico— sólo es captable por la razón y únicamente puede tener vida dentro de un sistema racional de relaciones interpersonales. El marco propio del derecho son las relaciones interpersonales, de persona a persona que se reconocen como tales.

3. A nuestro juicio es claro que el fenómeno del derecho, o sea, la posesión de una cosa que *obliga* a los demás a respetarla, se asienta en la condición de persona propia del hombre, que viene a ser así el concepto clave de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica. Y en concreto, la clave reside en la condición apropiadora y poseedora de la persona —su índole de domi-

nadora—, que dimana de su estatuto ontológico, esto es, de su peculiar intensidad de ser. La persona es un ser incomunicable y autónomo, irreductible a una mera parte de la especie y del universo, señora de sí y de su entorno. Este señorío se refleja primeramente en su capacidad de decisión libre, de autodecidirse y autogobernarse en la acción: de actuar libremente en otras palabras. A la vez, este señorío de cada persona se manifiesta en su incapacidad de ser una pieza del mecanismo colectivo, actuando por la fuerza o la energía de la colectividad; cada persona tiene en sí su fuerza y energía vitales, de modo que la ley de la colectividad no se impone fatalmente, sino que se dirige a la persona, apelando a su obediencia, que es ejercicio de la libertad.

El señorío de la persona conlleva un entorno propio, un entorno de dominio y autonomía, que hace que *las cosas* (corporales o incorporales) *estén repartidas,* que estén apropiadas por las personas, que estén atribuidas. Muchas son las consecuencias que de aquí se derivan (entre ellas la existencia de los derechos naturales del hombre), pero a nosotros nos interesa ahora sólo una, la más fundamental: la persona se apropia de las cosas, que son así derechos suyos.

§ 7. Lo equitativo y la equidad.

La justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo y ello se funda en la ontología de la persona humana. Pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son objeto de otras virtudes, porque las relaciones de los hombres entre sí no se agotan con la justicia. La solidaridad y el amor entre los hombres, la misericordia y la moderación y tantas otras virtudes engendran también deberes que han de conjugarse y armonizarse con los de la justicia. La conjugación y armonización de la justicia con otras virtudes —o sea, la ar-

monización de los deberes que de todas ellas nacen—, dan lugar, entre otras cosas, a lo *equitativo*, que es el objeto de la equidad. La equidad es la justicia matizada por otras virtudes, y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes [27].

La equidad es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.

La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común y la humanidad en las relaciones humanas. Si en algún caso destruyese la justicia, debilitase el bien común o perturbase las relaciones humanas, ya no habría propiamente equidad, sino vicios como el mal gobierno, la injusticia o la debilidad.

a) La atemperación de lo debido puede tener diversas causas. Unas veces procede de la benignidad o de la misericordia, como ocurre cuando las penas que en justicia son debidas se alivian o se perdonan (v. gr. indulto); otras veces su causa es la solidaridad humana (moratoria en los pagos, por ejemplo); otras procede de la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes (v. gr. inembargabilidad del patrimonio familiar), etc.

Los sujetos de la equidad en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal es también sujeto de la equidad el destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obli-

27. La equidad tiene en la ciencia jurídica varios significados, de los que aquí no nos ocupamos por no ser éste el lugar oportuno; nos limitamos a uno de estos sentidos, que es el que tiene relación directa con *lo justo* o derecho de que estamos hablando en estas páginas.

gan en los casos en los que éstas se tornan nocivas o causan grave incómodo [28].

b) Hay otros casos en los que, no siendo posible satisfacer el derecho, la equidad lo acomoda a las circunstancias particulares, dándole una cierta satisfacción, que cancela la deuda correlativa. Aquí la deuda no es atemperada, porque la deuda de estricta justicia queda de suyo en suspenso por la imposibilidad de satisfacer el derecho (*nadie está obligado a hacer lo imposible*). Lo que ocurre es que, siendo insatisfecho el derecho en sí, se le da una satisfacción equitativa, de modo que deja viva la deuda, de suyo suspendida por la imposibilidad de satisfacción. Con dos casos distintos podremos ejemplificar lo que acabamos de decir. Quien destruye el cuadro de un pintor famoso produce un daño a su dueño, que engendra el deber de restitución; por ser ésta imposible, pues el cuadro ha sido destruido, nace el deber de compensación. La compensación puede ser justa porque el cuadro tiene un valor de mercado, siendo evaluable en dinero. El pago del valor de mercado supondrá la cancelación de la deuda de justicia mediante una satisfacción justa. Aquí ha operado la justicia, no la equidad. El otro caso es el del homicidio. Quien mata injustamente a un hombre produce un daño a la esposa y a los hijos de la víctima (la privación del esposo y padre); pero este daño no es, de ningún modo, evaluable en dinero. No hay correlación ni ajustamiento posible entre la persona humana y el dinero; no se trata de cuestión de cantidad, sino de carencia de posible correlación, de incapacidad de evaluación económica

28. Una de las consecuencias del positivismo ha sido el legalismo, con la consiguiente pérdida del sentido de la equidad, de manera que los jueces suelen ser remisos en la aplicación de la equidad y particularmente lo son a reconocer y aplicar el citado principio general. Mas es preciso que esta actitud —consecuencia también del dogmatismo conceptual— sea reformada, pues impone una rigidez al derecho que de ninguna manera le es propia.

por ser bienes de distinto signo. Por lo tanto, del homicidio no puede nacer ningún deber de justicia —es imposible— de compensar en dinero; sin embargo, no cabe duda de que se ha cometido una injusticia con la esposa y con los hijos —además, claro está, de la cometida con la víctima— al privarles de un bien —uno de los más preciosos— y esa injusticia clama reparación. La imposible reparación justa, es sustituible por una compensación equitativa: la compensación económica. Esta compensación es sólo equitativa, pero, en las circunstancias del caso, cancela la deuda de justicia. Obsérvese que la deuda de justicia no ha sido anulada por la equidad, sino al contrario. Por justicia no hay ningún deber de compensación económica por la incapacidad de evaluación; la equidad sustituye esa incapacidad, dando al deber un cauce de cumplimiento, que de otra manera quedaba cegado.

En estos casos la equidad mira al derecho —no a la deuda— buscando su satisfacción en lo que es posible; la solidaridad tiene en este caso por objeto de mira al titular del derecho.

Hay otros supuestos en los que no existe un derecho estricto, pero puede —y no pocas veces debe— satisfacerse por vía de equidad lo que postulan las circunstancias del caso. Son todos esos casos en los que, atenerse al estricto derecho, hace verdad el antiguo aforismo *summum ius summa iniuria.*

c) El arte de la equidad y de lo equitativo es una extensión del arte de lo justo, pues la equidad opera en relación a la justicia. Es, pues, una parte del arte del derecho, del arte del jurista, el cual puede definirse más completamente como el arte de lo justo y equitativo.

§ 8. La injusticia y lo injusto.

El arte del jurista se describe como el arte de lo justo y de lo injusto: *iusti atque iniusti scientia.* Y, en

efecto, discernir entre lo justo y lo injusto conlleva saber no sólo de lo justo, sino también de lo injusto. Por ello, una vez que hemos expuesto lo relativo a la justicia y a lo justo, vamos a intentar delimitar las nociones de injusticia y de lo injusto. Como se trata de nociones que se obtienen por oposición a la justicia y a lo justo, el tratamiento de estos temas será mucho más breve.

1. *Noción de injusticia.* Al igual que sucede con la justicia, la palabra injusticia tiene un doble sentido: subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo la injusticia es aquella disposición o hábito del alma que inclina a lesionar a otro en su derecho. En sentido objetivo es el desorden que resulta en las relaciones humanas como consecuencia de la negación o lesión de los derechos de cada uno.

Lo propio y específico de la injusticia es la lesión del derecho ajeno. Por eso la injusticia, que rompe con el derecho, es llamada también violencia. Es lo opuesto a derecho, o sea, fuerza, pero fuerza descontrolada; como decían los antiguos griegos, la injusticia es prepotencia, insolencia.

El hombre *puede* algo frente a los demás, o por derecho o por fuerza; por justicia o por prepotencia. Lo propio de las relaciones humanas es el sistema racional de relacionarse. Este sistema racional es el derecho. Por ello todo poder propiamente humano se basa en la obediencia, porque la relación poder-obediencia es la relación derecho-deber. Fuera del sistema jurídico de relaciones, lo que se da es la fuerza o prepotencia, esto es, la violencia, que es injusticia. Sólo hay un caso en el que la fuerza es según derecho. Cuando falla la vivencia del derecho, la deuda justa puede solventarse por la fuerza dando lugar al fenómeno de la coacción según derecho. Pero obsérvese que la fuerza aparece porque ha fallado el cumplimiento voluntario. Esta fuerza es, pues, un subproducto del derecho, un sustitutivo suyo; de ningún modo puede decirse que la coacción pertenezca a la esencia del derecho; sólo es una consecuencia posible. Con

mayor motivo, decir que el derecho es la fuerza social organizada equivale a destruir la esencia misma del derecho, a su desaparición.

La fuerza según derecho no es violencia; es fuerza justa, es decir, ajustada a derecho. La llamada *violencia institucional* sólo existe si las leyes son injustas o lo es el modo de ejercer la fuerza, por exceder la justa medida.

Lo característico de la injusticia es producir una negación o lesión del derecho *(iniuria).* Si no hay negación o lesión del derecho no hay injusticia. Decíamos antes que el derecho es la cosa justa, es una cosa, la cual se hace derecho en virtud de su nota de debida. Pues bien, si se lesiona la cosa —el bien—, sin que haya un ataque a su condición de derecho, no hay injusticia, sino una desgracia o un accidente. Así el animal que destruye un bien que constituye el derecho de un hombre, es causa de una desgracia, pero no causa una injusticia.

Esto significa que la injusticia tiene lugar sólo en el ámbito de las relaciones propiamente humanas, que son aquellas que se basan en la actuación libre y responsable del hombre. Fuera de estas relaciones no hay injusticia, sino, acaso, desgracias y accidentes. Y así es injusto el hambre provocado por una injusta distribución de alimentos, pero no lo es si procede de fenómenos climatológicos o de imposibilidad de repartir los alimentos. A su vez el hombre, si no actúa como causa libre (por ejemplo, si es un demente), no causa injusticia al dañar un bien ajeno.

2. *Clases de injusticia.* El hombre, como causa libre, puede dañar un derecho ajeno de dos modos: *a*) Actuando como causa libre del daño, pero sin voluntad contraria al derecho; actúa así cuando por ignorancia, error o inadvertencia carece de intención de lesionar el derecho; v. gr. el que por error paga menos dinero del debido no tiene intención de dañar al derecho ajeno, aunque de hecho lo dañe; en estos casos se habla de *injusticia material. b*) Actuando intencionadamente contra el derecho

ajeno, de modo directo —con dolo—, o indirecto, por imprudencia; entonces se dice que hay *injusticia formal.*

La distinción entre injusticia material e injusticia formal no tiene relevancia respecto de la restitución; y así quien inadvertidamente paga menos de lo debido, debe pagar el resto. En cambio, tiene relevancia en cuanto a la *culpa.* La injusticia formal engendra culpa y el acto injusto da lugar, no sólo a la restitución, sino también a la *punibilidad,* esto es, al posible castigo. No así la injusticia material que es enteramente inculpable y, por lo tanto, no hay en ella razón para el castigo.

Si es importante distinguir entre la injusticia formal y la material, no menos importante lo es distinguir entre injusticia material y la desgracia o accidente. La injusticia es lesión del derecho ajeno, esto es, de la cosa o bien en cuanto derecho. Sin lesión del derecho no hay injusticia. Y no puede haber lesión del derecho allí donde no hay relaciones jurídicas, o sea relaciones basadas en la libertad y en la responsabilidad. La injusticia requiere relaciones de justicia, relaciones de *derecho* y *deber.* Cuando esto no ocurre, no hay lesión del derecho, aunque haya daño; hay desgracia o accidente, pero no injusticia. La distinción es importante, porque la injusticia material engendra el deber de restitución, pero la desgracia o el accidente no. Y así el conductor que, observando todas las reglas de prudencia y del Código de la Circulación, sufre un accidente e, incendiado el motor, quema unas mieses, ha sido causa de una desgracia, pero no ha cometido injusticia material; por lo tanto, ha lesionado un bien ajeno, mas no ha atacado al derecho y no tiene, consecuentemente, el deber de restitución. A lo más que puede llegarse en estos casos es a una compensación equitativa.

En nuestro tiempo se está extendiendo la llamada *responsabilidad objetiva,* que tiende a imponer una restitución o una compensación siempre que ha habido daño, con independencia del ánimo o intención del agente, incluso de si actuó libremente o no (v. gr. daños producidos por un demente). Esto es aceptable en la medida en

que tiende a recoger el deber de restitución o compensación en supuestos de injusticia material o formal. Pero en los demás casos, sólo lo será si se mueve dentro de los términos de la compensación equitativa, la cual ha de tener en cuenta, no sólo al dañado, sino también al causante del daño (no imponerle carga sobre carga). Fuera de esto, la responsabilidad objetiva es una regresión cultural, que nos retrotrae a estadios primitivos de la vida jurídica. Sin injusticia —material o formal— no hay deber de justicia de restituir, ni de compensación subsidiaria.

3. *Lo injusto o lesión injusta.* Entre la injusticia y la lesión injusta existe la misma relación que entre la justicia y el derecho. La justicia reconoce y respeta el derecho ajeno; la injusticia desprecia y vulnera ese derecho, causándole una lesión injusta, o sea, un daño en las cosas o una ofensa personal.

Las características de la lesión injusta se suelen compendiar por medio de unos aforismos o reglas de derecho, que seguidamente iremos exponiendo.

a) *La sola intención injusta no constituye lesión del derecho.* Veíamos antes que sólo pueden constituir derecho las cosas *exteriores*, las cosas que son externas, o por sí mismas, o por sus manifestaciones. En consecuencia, no puede haber lesión del derecho ajeno sin un daño externo; la sola intención injusta no constituye lesión del derecho, no produce injusticia objetiva. Y así el simple propósito de cometer un delito, no es delito (aunque sea inmoral). Quien, por error y con intención dolosa, paga justamente lo que debe, creyendo que su deuda es mayor, no comete injusticia objetiva.

b) *No se comete injusticia contra quien consiente en la acción lesiva de su derecho.* La razón estriba en que la injusticia reside en la lesión al derecho, no simplemente en la lesión objetiva causada a la cosa. Por lo tanto, si alguien hace dejación de su derecho —si consiente— no se comete injusticia con él. Quien, sabiendo que le hurtan dinero, consiente en el hurto, en realidad hace dejación

de su derecho de propiedad y, en consecuencia, no es objeto de injusticia (no hay, pues, lugar a la restitución).

El consentimiento tiene que ser libre y, por lo tanto, no suprime la razón de injusticia el consentimiento obtenido mediante engaño, amenazas, situación de extrema necesidad, etc. Tampoco se suprime la razón de injusticia, cuando el ofensor está obligado, por razones especiales, a proteger de manera positiva el bien del lesionado (padres, tutores, maestros, policías, médicos, etc.). No hay que confundir el consentimiento con la resignación con que se sufre el daño, que es una actitud del ánimo ante el daño sufrido, no equivalente a la renuncia al propio derecho.

Esta regla no tiene la misma validez en los derechos renunciables que en los derechos irrenunciables. En estos últimos, la razón de injusticia permanece y, en consecuencia, se mantiene su punibilidad y, en su caso, el deber de compensar a terceros; el consentimiento sólo elimina el deber de restitución o compensación hacia el lesionado. Y así, quien pide a otro que le corte un miembro, no tiene derecho a la compensación por el daño sufrido; pero el delito de lesiones permanece de suyo y es punible por la autoridad.

Al consentimiento del damnificado se asimila su culpa. *Se imputa al damnificado, no a los otros, el daño que éste sufre por su culpa.* Cuando alguien, por su culpa, sufre daños en un accidente de circulación, los daños sufridos deben imputársele a él.

c) *No se lesiona injustamente al dueño que se opone sin razón.* Aquí sin razón —o irrazonablemente— equivale a sin derecho. Quien se opone a pagar la deuda en el momento prefijado, puede ser privado por el acreedor de los bienes adeudados. No hay en esto injusticia, porque, como ya decíamos, la deuda de justicia es una deuda en sentido estricto, y, por lo tanto, el acreedor —en este caso— toma lo suyo. Además, la fuerza puede ser empleada cuando fallan los medios jurídicos.

En cambio, cuando hay derecho a la oposición, se co-

mete injusticia con quien se opone, aunque lo haga irrazonablemente, si se usa con él de la fuerza. Así quien se niega a colaborar en una obra de solidaridad, en circunstancias que hagan irrazonable la negativa, no puede ser objeto de lesión en sus bienes. Esta lesión sería injusta.

4. *La restitución.* La lesión injusta del derecho genera el deber de restitución. La restitución significa el restablecimiento del derecho a su primitiva condición; en otras palabras, es la reparación del daño causado. Proviene el deber de restitución de la naturaleza misma del derecho, que genera en los demás una deuda en sentido estricto; cuando el derecho se lesiona, debe *restituirse*, debe recobrar su primitiva condición. Si la justicia es dar a cada uno lo suyo, cuando se ha quitado a uno lo suyo, o se le ha dañado, la justicia consistirá en restituirle lo suyo.

Lo justo en la restitución se mide por la identidad o la igualdad en valor entre lo quitado y lo restituido, según las características de la cosa de que se trate.

5. *La compensación.* Si la restitución resulta imposible, subsidiariamente surge el deber de compensación. La compensación justa consiste en entregar al que ha sufrido la injusticia bienes por un valor igual o semejante al de los bienes perdidos.

La compensación es subsidiaria de la restitución, de modo que si ésta es posible, no ha lugar a la compensación, salvo que el titular del derecho consienta libremente en ello. Por ejemplo, quien se apropia de un coche, debe devolver el coche, sin que pueda limitarse a compensar al dueño pagando su precio. Sólo cuando la restitución es imposible, v. gr. porque el coche ha sido destruido, cabe la compensación económica.

La compensación justa requiere la equiparabilidad o equivalencia entre los bienes lesionados y los que se entregan en compensación. Cuando no hay posibilidad de equivalencia, el deber de compensación justa —*a fortiori* el de restitución— se anula (nadie está obligado a hacer lo imposible). Unicamente queda la vía de la compensación equitativa, de la que ya hemos hablado.

III. LO JUSTO NATURAL

§ 1. División del derecho.

1. Según hemos visto en el apartado anterior, el derecho aparece en el seno de las relaciones sociales propias de los hombres en cuanto seres dotados de razón. En el contexto de estas relaciones surge el fenómeno de la atribución, en cuya virtud algo pertenece —está atribuido— a alguien, no como resultado de la extensión de la fuerza a ese algo, sino como efecto de la *posesión de derecho*, esto es, de un dominio que engendra en los demás una deuda. La cosa atribuida y, en consecuencia, la *cosa debida* es lo que llamamos derecho (en sentido realista), el cual nace del *título* y tiene una *medida.*

Pues bien, por razón del origen del título y de la medida, el derecho —o cosa justa— se ha dividido desde tiempos antiguos [29] en *ius* o *iustum naturale* (derecho natural) y *ius* o *iustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y de la voluntad de los hombres.

¿Qué quiere decir esa procedencia? En sustancia quiere decir que hay cosas que están atribuidas a una persona en virtud de la misma naturaleza del hombre —esto es, que su título procede del ser mismo del hombre— y que se miden según la naturaleza de las cosas. Y que hay cosas que están atribuidas por decisiones de los hombres (títu-

29. Sobre este punto puede consultarse J. Hervada, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural* (Pamplona 1987).

lo positivo) y se miden según criterios fijados por la voluntad y el concierto humano (medida positiva).

2. Cuando afirmamos que *las cosas están repartidas* hacemos referencia a un hecho: los hombres se reparten las cosas, lo que quiere decir que hay un sistema de reparto y atribuciones que procede de la decisión de los hombres, es decir, un sistema de derechos positivos. Esto es un hecho constatable históricamente (v. gr. el reparto de tierras conquistadas entre los vencedores o entre los primeros ocupantes), como lo es actualmente (los hombres negocian y comercian, atribuyen cargos y funciones, estipulan salarios, etc.). Los hombres se reparten y atribuyen cosas.

Pero al afirmar que *las cosas están repartidas* aludimos también a algo más radical: si bien hay cosas que se reparten los hombres, el hecho mismo de que las cosas estén repartidas no es en sí indiferente, no es una decisión humana, porque, al ser el hombre persona, hay cosas que están atribuidas a cada hombre precisamente porque es persona: hay cosas que son del hombre en virtud de su naturaleza: v. gr. su vida, su integridad física, etc. La condición de persona reparte necesariamente cosas, porque, al ser la persona dueña de sí, al menos su propio ser le pertenece. Esas cosas —corporales e incorporales— que le están atribuidas al hombre por naturaleza constituyen, cada una de ellas, un derecho natural.

3. Junto a los derechos naturales y a los derechos positivos existen los *derechos mixtos;* hay, en efecto, derechos que son en parte naturales y en parte positivos. Dentro de los derechos mixtos, unos son derechos con título natural y medida positiva (v. gr. el derecho de libre tránsito, que puede estar limitado por ley positiva); otros tendrán un título positivo y una medida natural (por ejemplo, proviene de elección o convención la instauración del sistema democrático puro en una colectividad, pero una vez elegido ese sistema, el derecho de voto —ca-

da miembro uno voto— está postulado por la naturaleza misma del régimen elegido). Hay, además, derechos en los que el título o la medida —o los dos— son en parte naturales y en parte positivos.

De hecho, dentro de un sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos, conformando conjuntamente los distintos derechos, de modo que la determinación de cada uno de ellos pide la utilización simultánea de criterios naturales y positivos.

Esta necesaria utilización simultánea de criterios naturales y positivos es un dato más que nos indica que el arte del derecho es, a la vez, arte del derecho natural y arte del derecho positivo, sin que quepa desglosar como dos artes o ciencias distintas —la del derecho natural y la del derecho positivo— que irían paralelamente sin encontrarse. En la solución de los casos concretos, no hay más que un arte, el arte del derecho, el cual en parte utiliza criterios naturales y en parte usa criterios positivos. La exclusiva utilización de criterios positivos conduce, de uno u otro modo, a la injusticia.

4. Según lo que acabamos de ver, el derecho natural —lo justo natural— es aquella cosa que está atribuida a un sujeto —y en consecuencia le es debida— por título de naturaleza y según una medida natural de igualdad.

Con eso no es agota lo natural del derecho, pues como hemos indicado, existen los derechos mixtos y, en consecuencia, hay derechos parcialmente naturales. Entendemos por tales aquellos en los que el título o la medida —o parte del título o de la medida— son naturales y no convencionales.

§ 2. Existencia del derecho natural.

Si la historia de la ciencia jurídica enseña algo es, sin duda, la constante permanencia en ella de la idea del dere-

cho natural, hasta el punto de que, desde los juristas romanos, casi dos milenios de sucesivas generaciones de juristas muestran inalterada la división entre derecho natural y derecho positivo. Se partió de la existencia del derecho natural como de un dato indiscutible. Desde los tiempos de la antigua Grecia hasta el siglo XIX ciertamente existieron entre los filósofos atisbos positivistas: el escepticismo, el relativismo y el empirismo no dejaron de tener secuaces; sin embargo, ese *positivismo* apenas rozó la ciencia del derecho. Por eso, juristas y filósofos no sintieron especial necesidad de demostrar la existencia del derecho natural. Pero a partir del siglo XIX la expansión del positivismo introdujo la necesidad de esa demostración, aunque sólo sea por la elemental actitud científica de dar razón de lo que se afirma. Si, en definitiva, lo más típicamente científico es explicar las cosas por sus causas y razones, a mayor abundamiento deberá tocarse el fundamento de la existencia del derecho natural, si una parte de la ciencia jurídica se basa en el positivismo. Por eso, una vez establecida la noción de derecho natural, la primera cuestión que debe ocuparnos es la de su existencia. ¿En qué se funda la existencia del derecho natural?

Y ante todo conviene aclarar cuáles son los términos en los que nos hacemos la pregunta aquí. Porque, planteada en general, la cuestión comprende diversos órdenes de cosas, de entre los cuales sobresalen dos: la existencia de la ley natural y la existencia de lo justo natural. Esto supuesto, no es éste el lugar para determinar el fundamento de la existencia de la ley natural, problema que, en consecuencia, no va a ser por ahora objeto de nuestra atención. Lo que nos interesa por el momento es ver si existen por naturaleza *cosas justas,* o sea *derechos naturales,* en el sentido realista con el que venimos usando en estas páginas el término derecho: lo justo. En otras palabras, el tema que vamos a tratar es el de si hay cosas que están atribuidas a la persona humana por naturaleza —y por lo tanto le son debidas por título de naturaleza— y si hay en las relaciones de justicia medidas de igualdad que no son convencionales sino naturales.

1. *Existencia de títulos naturales.* La existencia de cosas propias del hombre —derechos o *iura*—, que le corresponden por título de naturaleza, se deduce de modo inmediato del hecho mismo de que el hombre es persona.

En realidad, la deducción no es sólo inmediata sino también evidente, esto es, sin necesidad de demostración, porque se contiene en la definición de persona. La noción misma de persona conlleva en el hombre la existencia de derechos por título natural. Si esto no se ve con evidencia, se debe a que no se ha penetrado suficientemente en la esencia de la persona y por ello no se capta en toda su extensión cuanto está contenido en la definición de persona.

a) Como hemos dicho repetidamente la nota esencial de la persona reside en que es un ser dueño de sí. La perfección entitativa de la persona es tan alta, es ser con tal intensidad, que domina su propio ser. La nota distintiva de la persona es la posesión de su ser y la incapacidad ontológica de ser pertenencia ajena. Por lo tanto, todos los bienes inherentes a su propio ser son objeto de su dominio, son *suyos* en el sentido más propio y estricto. Esto supuesto, es evidente que el conjunto de bienes inherentes a su ser representan *cosas suyas,* que los demás no pueden interferir y de las que no pueden apropiarse más que por vía de fuerza y violencia, que lesionaría el estatuto ontológico de la persona; son, pues, derechos de la persona, derechos que la persona tiene en virtud de su naturaleza. Se trata de derechos naturales del hombre en el sentido más riguroso y estricto de la palabra. Estos derechos o bienes, que pertenecen a la persona por ser integrantes de su ser —sobre el que la persona tiene el más riguroso y estricto dominio— engendran en los demás el deber de respeto y, en caso de daño o lesión injustos, el deber de restitución (v. gr. la reparación de la buena fama) y, de no ser posible, el de compensación.

Veamos este punto desde otra perspectiva. ¿Qué ocurriría de ser cierta la hipótesis positivista de que no existen derechos con títulos naturales? Nadie puede negar que

el hombre tiene derecho a los bienes que son inherentes a su ser, pues están reconocidos universalmente. Todos los ordenamientos —con más o menos perfección, con más o menos extensión— reconocen el derecho a la vida (castigo del homicidio y del asesinato y prevención policial contra tales delitos), el derecho a la integridad física (delito de lesiones), el derecho de libertad (delito de secuestro y otros similares), el derecho a la buena fama (delitos de calumnia e injurias), etc. Supuesto que existen tales derechos, ¿qué ocurriría si los considerásemos como meramente positivos? Ello significaría que la persona tendría tales derechos sólo por concesión de la sociedad mediante la ley positiva; no los tendría por sí misma. O sea que la razón de injusticia (recuérdese que antes dijimos que la justicia y la injusticia siguen a la existencia del derecho: el derecho precede a la justicia) nacería sólo y exclusivamente de la ley positiva. Antes de ella o en su ausencia no sería injusto el asesinato, ni lo serían las lesiones, ni sería injusta la difamación. Antes de la ley positiva o en su ausencia el hombre no sería dueño de su vida, ni dueño de sus miembros, ni la buena fama sería derecho suyo. Caín no habría cometido ninguna injusticia. Es más, si la razón de injusticia de los atentados contra tales bienes residiese en la ley positiva, cuando ésta prescribiese su violación —como en ciertos regímenes políticos— no habría ninguna razón de injusticia. Y así el asesinato legal no sería injusto. En otras palabras, no existirían regímenes tiránicos, opresores e injustos. Entonces tendrían razón aquellos sofistas de la antigua Grecia para los cuales la justicia y la virtud serían palabrería de los débiles destinada a aherrojar a los fuertes; la justicia y el derecho representarían las trampas, las mentiras y los conjuros de los débiles e impotentes para hechizar y esclavizar a los poderosos como decía Calicles. El positivismo conduce al absurdo. El asesinato, las lesiones, el secuestro, la calumnia, etc., son injustos por sí mismos, esto es, porque lesionan bienes de los que la persona es dueña por el hecho mismo de ser persona. Los bienes inherentes al ser del hombre son derechos naturales. Sólo comprendiendo

que existen tales derechos naturales, que preexisten a la decisión de la sociedad y a la ley positiva, puede hablarse de leyes y regímenes políticos injustos, cuando atentan contra esos derechos.

b) De lo dicho se desprende claramente que la negación de los derechos naturales sólo puede fundarse en negar al hombre el carácter de persona. De tal manera la noción de persona —al implicar esencialmente el dominio sobre el propio ser— conlleva, respecto de los demás, el derecho sobre los bienes propios de su naturaleza, que la negación de los derechos naturales únicamente puede sostenerse negando al hombre su carácter de persona, aunque a la vez se utilice mucho la palabra persona, que queda —en tal supuesto— vacía de su contenido específico.

El positivismo ha de partir de que el hombre no es persona, sino tan sólo un individuo de la especie, al que la especie —la colectividad— atribuye unos derechos, sin otra base que el consenso social, expresado a través de las disposiciones de la ley. Un consenso que se manifiesta en unos valores o percepciones meramente subjetivas de unos posibles bienes sobre cuyo respeto existiría un acuerdo general. Una especie de pacto de felicidad y libertad (pensamiento liberal-burgués), o de triunfo de la raza (nacionalsocialismo), o cualquiera de los otros ideales que han conformado, a través de los tiempos, las distintas sociedades. En lo que a nuestro tema respecta no hay diferencias sustanciales entre unos y otros ideales, porque todos tienen de común negar al hombre su carácter de persona. Sólo así se explica que se entienda que el hombre se presenta ante los demás radicalmente vacío de derechos, en una total indigencia, que no llenaría otra cosa que la concesión de la ley positiva. Todo derecho sería una creación, un don del legislador, de la sociedad en definitiva. Esto es inaceptable siendo como es el hombre persona. La persona no es vaciedad sino plenitud del ser, no es indigencia sino dominio y exigencia. Por naturaleza el hombre se presenta ante los demás como dominador y exigente, como titular de derechos —y correlativamente de deberes— naturales.

c) Además el positivismo entraña una aporía insalvable. Según esta corriente, los derechos positivos son los verdaderos y propios derechos, los únicos derechos. Ahora bien, para que el hombre tenga verdaderos derechos es necesario que posea la *capacidad ontológica* de ser sujeto de derecho. Si su ser, si su naturaleza no fuese capaz de derechos, la concesión por la ley positiva no sería otra cosa que una ilusión. Pues, en efecto, nada puede hacer o recibir un ser para lo cual no esté ontológicamente capacitado. El oído no puede ver ni el ojo oír; el hombre no puede vivir en un medio acuoso, ni el pez en el medio aéreo. Luego, por lo menos, el derecho positivo exige, para existir como verdadero derecho, que el hombre esté naturalmente —ontológicamente— capacitado para poseerlo.

Ningún hecho cultural puede existir ni inventarse sino sobre la base de un dato natural. Los distintos idiomas, por ejemplo, son hechos culturales, pero se asientan en la facultad de hablar; sin ella ningún idioma existiría. La razón de esto reside en lo que antes hemos indicado: la imposibilidad de tener o hacer cosa alguna que no corresponda a una potencia del ser. La cultura se apoya en la naturaleza. Sería imposible que la ley positiva otorgase un derecho, si la juridicidad —el derecho en sí— no fuese un dato natural. Nada jurídico podría el legislador dar, si ese acto de dar no se asentase en un núcleo de juridicidad dado por la naturaleza: faltaría el supuesto ontológico. El legislador da leyes, porque el hombre está naturalmente hecho para recibirlas; da derechos, porque el hombre es naturalmente capaz de ser titular de ellos. Esa capacidad es absolutamente improducible por el hombre, pues ello significaría crear en su sentido propio: sacar algo de la nada, lo cual excede de todo punto del poder del hombre.

La capacidad para tener verdaderos derechos postula la condición ontológica de persona, pues únicamente el ser dueño de sí es capaz de tener un verdadero y propio dominio sobre algo, sea interior o exterior a él. El ser que no es persona, como el animal, no tiene derecho sino

fuerza e instinto; al no poseerse a sí —lo que revela la incapacidad ontológica para la posesión como derecho—, no posee, por derecho, nada. Pero si sólo la persona tiene capacidad para ser sujeto de derecho, y un derecho positivo es un propio y verdadero derecho, resulta que el hombre es verdadera y propiamente persona. Mas la persona, porque es dueña de sí, es naturalmente titular de unos derechos, al menos de aquellos que constituyen bienes inherentes a su propio ser; la persona es titular de derechos naturales tal como hemos dicho. Luego, o el hombre es persona y en ese caso tiene derechos naturales, o no lo es y entonces los derechos positivos no son propios y verdaderos derechos. La *aporía positivista* es insalvable [30].

2. *Existencia de medidas naturales.* Más evidente todavía, si cabe, es la existencia de medidas naturales de lo justo. La medida del derecho no es otra cosa que el *ajustamiento* entre lo debido y lo dado; es, en suma, la delimitación del derecho y de la deuda. Hay ocasiones en las que tal ajustamiento es convencional o positivo, pues se trata de valores convenidos y tasados por la voluntad

30. Para comprender más en profundidad esta aporía es preciso tener en cuenta que la persona es dueña de sí, no por atribución de los hombres, sino ontológicamente. El dominio de la persona sobre sí es ante todo un dominio ontológico: dominio sobre sus potencias, que se manifiesta en la decisión libre. Por lo tanto, no cabe decir que la persona tiene sólo una capacidad de dominio, que la hace apta para recibir el derecho otorgado positivamente. Si la persona no fuese ontológicamente dominadora actual, sino sólo capaz de dominio, ello implicaría que, por naturaleza, tendría una ontología no dominadora, aunque sí capaz de llegar a serlo, de modo que el paso al dominio actual otorgado por la ley positiva actuaría en el plano ontológico, convirtiendo a un ser ontológicamente capaz de llegar a ser dominador en dominador actual, pues sin la base ontológica es imposible el dominio jurídico. Esto supondría que la ley positiva actúa sobre la ontología de la persona, lo cual es a todas luces falso.

La capacidad ontológica para recibir el derecho positivo consiste en poseer de modo actual el dominio ontológico. Por lo tanto, la posibilidad misma del derecho positivo postula un ser dueño de sí, el cual, por serlo, es titular de derechos naturales.

humana. Así el precio de una cosa en un contrato se ajusta por los contratantes; el ajustamiento entre el precio y la cosa es un ajustamiento concertado. Otras veces es la ley la que ajusta la relación de valores. Pero no siempre es así. Lo justo implica una relación de igualdad entre cosas (justicia conmutativa) o entre cosas y personas (justicia distributiva) y esta igualdad se mide muchas veces por la *naturaleza de las cosas*. Que el préstamo gratuito (*comodato*) de una onza de sal engendre una onza de sal de deuda, no es cuestión de concierto humano, sino de la naturaleza del contrato —el mutuo consiste en dar una cosa para que se devuelva al que la presta— y de una igualdad natural: una onza de sal es igual a una onza de sal. Que el trato proporcional entre dos enfermos consista en dar a uno el medicamento A y al otro el medicamento B no es un acuerdo humano, sino una proporción que viene dada por la distinta enfermedad o la distinta reacción del cuerpo a los medicamentos.

Incluso la medida positiva está en no pocas ocasiones limitada por una medida natural, que, por un cierto grado de indeterminación, deja un margen a la voluntad humana. Así en los préstamos onerosos puede fluctuar el interés concertado, mas la elevación del tipo de interés puede ser excesiva, dando lugar a una injusticia (la usura). El precio en una compraventa puede concertarse, pero no puede presentar una gran diferencia con el valor medio del mercado, pues entonces el precio se torna injusto por defecto (*laesio enormis*) o por exceso, dando lugar en ambos casos a la obligación de restituir o a otros remedios que las leyes positivas suelen ofrecer.

En términos generales puede decirse que la igualdad en valor suele dar lugar a un ajustamiento positivo o convencional y la igualdad como identidad o como igualdad de cualidades da lugar a una medida natural. La razón es clara: los *valores* suponen apreciaciones estimativas de orden subjetivo que se *ajustan* por medio del convenio o, en su caso, por la apreciación general de la colectividad (valor medio) o por fijación de la ley (valor legal). En

cambio, la identidad y la cualidad son realidades objetivas que se miden y comparan de por sí, que se ajustan naturalmente.

§ 3. La naturaleza humana y la naturaleza de las cosas en la determinación de lo justo natural.

Al referirnos anteriormente al derecho y al deber naturales se ha hablado, unas veces de la naturaleza humana, otras de la naturaleza de las cosas. Pues bien, cabe preguntarse si ambos términos —naturaleza humana y naturaleza de las cosas— pueden usarse indistintamente o si, por el contrario, uno y otro tienen una aplicación precisa. ¿Qué significa *natural* cuando hablamos de derecho natural, título natural o medida natural: lo propio de la naturaleza humana o lo propio de la naturaleza de las cosas?

a) El fundamento último de todo derecho, natural o positivo, es la personalidad humana, la condición personal del hombre. La personalidad es una forma de ser el hombre, o sea, es la intensidad de ser propia de la esencia humana. Como intensidad de ser que es, la personalidad atañe a la misma esencia del hombre y, en cuanto se refiere al obrar humano —que es lo que tiene relación directa con el derecho—, concierne a la esencia como principio de operación. Pues bien, la esencia como principio de operación es lo que llamamos naturaleza humana. El fundamento de todo derecho es, por lo tanto, la naturaleza humana.

Aquí la naturaleza humana evoca el conocimiento metafísico, pues corresponde al ser del hombre entendido en su última esencia. El solo conocimiento empírico resulta incapaz para darnos una visión exacta de la persona humana. Más todavía, la noción de persona humana es-

capa al saber reducido a lo fenoménico, porque se asienta en la participación en el ser, que es un concepto típicamente metafísico. De ahí la inutilidad de la pretensión de hablar de persona humana en términos empíricos o fenoménicos. Cuando se utiliza el término persona humana según un reduccionismo empírico o fenoménico, tal expresión carece de significado específico, ya que no contiene la idea del ser que domina su propio ser; entonces, los derechos naturales dejan de captarse y los términos «derechos inherentes» u otros parecidos —de los que hablan las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos— se convierten en expresiones vacías, que no designan otra cosa que conciertos humanos o valores convenidos. Se despoja así al hombre de aquello que, en el campo del derecho, le corresponde más básicamente en razón de su misma condición y estructura ontológicas, en razón de la naturaleza humana.

Además, como sea que los derechos naturales —lo justo natural— son derechos verdaderamente existentes, es decir, son contenido de relaciones jurídicas o de justicia reales y concretas, el reduccionismo fenoménico —avocado al positivismo— anula una parte fundamental del arte del jurista. El conocimiento jurídico, junto al nivel empírico o fenoménico, necesita el nivel ontológico.

b) Al igual que al tratar del fundamento de todo derecho, al hablar de *título* natural de un derecho, el adjetivo natural designa la naturaleza humana. Como hemos dicho, constituyen derechos con título natural aquellos bienes inherentes al ser del hombre. El hombre es titular de estos derechos en virtud de su misma condición de persona, como ser que tiene el dominio de sí y, en consecuencia, de su entorno. Se trata, pues, de derechos cuyo título reside en la naturaleza humana.

c) La *medida* de lo justo es —repetimos una vez más— el *ajustamiento* entre cosas (justicia conmutativa) o entre personas y cosas (justicia distributiva); por lo tanto no se refiere a la naturaleza humana, sino más ampliamente a la naturaleza de las cosas.

Como se trata de ajustar, lo que llamamos naturaleza de las cosas ha de referirse a dimensiones *valorables* o *medibles*; se trata de cantidades, cualidades, etc. La expresión naturaleza de las cosas no designa, en este caso, la esencia como principio de operación —aunque también la incluya—, sino que su significación es más amplia, pues las cosas se miden no sólo por su esencia sino también por otros factores ontológicos. La citada expresión designa simplemente el ser de las cosas y cuanto a él pertenece: lo natural es, en este caso, lo ontológico. Y básicamente comprende: la finalidad, la cantidad, la cualidad, la relación y el tiempo.

a) La finalidad —en primer lugar— mide las cosas en sí mismas, porque la estructura de éstas se mide por el fin, del que depende la perfección de la cosa; v. gr. lo que hace que un objeto sea una pluma es su ordenación a escribir y, en cuanto instrumento para escribir —en cuanto pluma— será tanto más perfecto cuanto mejor escriba. Un objeto de oro en forma de pluma, por bello que sea, si no escribe en absoluto no será una pluma —a lo sumo será una imitación— y quedará reducido a ser un adorno. En segundo término, la finalidad es medida de las cosas entre ellas; unas veces, por la relación ontológica entre las cosas, como es el caso de aquellas que son complementarias en orden a obtener un fin; otras veces la finalidad cambia la especie de los actos, y así cortar un miembro por razones terapéuticas (v. gr. el brazo gangrenoso) constituye un derecho, que no existe si la finalidad es distinta (por ejemplo, librarse del servicio militar); asimismo la finalidad puede cambiar el valor de las cosas: no es lo mismo el ajustamiento de dos monedas si se las compara según una finalidad económica —en dinero circulante, un billete de mil pesetas es igual en valor a diez billetes de cien pesetas—, o según una finalidad coleccionista (en este caso, un billete de mil pesetas puede valer más que diez billetes de cien). De modo particular, la finalidad tiene influencia en la justicia distributiva —según vimos en su momento—, por medirse la proporción entre

personas y cosas a través de la finalidad de los bienes a distribuir y la relación de las personas con esa finalidad.

b) La cantidad y la cualidad son criterios de ajustamiento de las cosas. Y así la cantidad ajusta cosas por igualdad numérica: el conjunto de dos bolsas de medio kilo de una sustancia es igual en cantidad de peso a una bolsa de un kilo de la misma sustancia. La cualidad, por su parte, iguala las cosas: un caballo de carreras no es igualable por cualidad a un caballo percherón; pero pueden ser intercambiables como iguales dos caballos de carreras de cualidades similares.

c) También la relación supone el ya indicado sentido amplio del término naturaleza de la cosa. Por la relación se miden ciertos derechos y deberes que nacen de la posición relativa de unos sujetos con otros o de unas cosas con otras. Tal es el caso de los derechos y deberes inherentes a las relaciones paterno-filiales.

d) Por último, los derechos y deberes pueden tener como factor de ajustamiento natural el tiempo. Pueden surgir como derechos o deberes temporales (v. gr. los deberes de los padres suelen decaer o aminorarse con la mayoría de edad del hijo), puede estar sometido al tiempo el comienzo del disfrute del derecho (v. gr. el derecho a casarse), etc. Es claro que el tiempo que mide los derechos naturales es aquel que es inherente a los bienes que, en cada caso, constituyen los derechos naturales.

§ 4. Clases de derechos naturales.

De los derechos naturales pueden hacerse dos divisiones, que expondremos a continuación.

1. *Derechos originarios y derechos subsiguientes.* Llamamos *derechos naturales originarios* a aquellos que proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cual-

quier estadio de la historia humana. En cambio, son *derechos naturales subsiguientes* aquellos que dimanan de la naturaleza humana en relación a situaciones creadas por el hombre.

Por ejemplo, tanto el derecho a la vida como su derivado el derecho de medicarse para conservarla, son derechos originarios; la legítima defensa, en cambio, es una manifestación *subsiguiente,* pues procede de la naturaleza humana la paz entre los hombres, no el injusto ataque a la vida ajena, que es algo que proviene de la voluntad humana: supuesta la situación de ataque creada por el hombre, aparece la defensa como manifestación subsiguiente del derecho a la vida. Introducidas por el hombre las guerras, aparecerán en el contexto bélico unos derechos naturales subsiguientes. Hay otras muchas situaciones creadas por el hombre que generan derechos naturales de este tipo. Dado, v. gr., que el hombre se ha organizado en diversidad de Estados (o formaciones análogas), surgen una serie de derechos naturales de los individuos (v. gr. derechos naturales del extranjero) o de los Estados (independencia, por ejemplo) en el contexto llamado internacional. Lo mismo puede decirse de los contratos, de los actos de comercio o de las creaciones tecnológicas.

La importancia de esta distinción reside en la influencia de la historicidad, que es muy acusada en los derechos subsiguientes, ya que, variada la situación histórica creada por el hombre, pueden variar tanto la titularidad como la extensión de esos derechos. Un ejemplo típico y muy conocido es el de la usura; en tanto que el dinero tuvo el carácter de mero valor de cambio, no existió derecho a intereses a título de préstamo (aunque sí en virtud de otros títulos), pero cuando el dinero se transformó en capital fue posible el derecho al interés. Muchos otros ejemplos podrían ponerse, como es el caso de la independencia y soberanía de los pueblos constituidos en Estado; la independencia y la plena soberanía aparecen como un derecho natural de esos pueblos. Cabe, sin embargo, una evolución histórica tendente a la creación de estructuras supraestatales, en cuyo caso

la plenitud de soberanía puede ir quedando cada vez más mermada, con una clara disminución de la extensión de ese derecho natural. Como sea que se trata de un derecho natural subsiguiente, que depende de la situación histórica y de la voluntad humana en lo que se refiere al hecho que condiciona su existencia, cabe la evolución. Un último ejemplo: el derecho a la vida, en lo que atañe a la legítima defensa, puede comprender portar armas defensivas en épocas y entornos peligrosos, lo que puede negarse en épocas y entornos donde el poder público garantice suficientemente la seguridad ciudadana.

2. *Derechos primarios y derechos derivados.* Los derechos originarios se dividen en *primarios* y *derivados.* Llamamos *derechos naturales primarios* a aquellos derechos que representan los bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas; damos la denominación de *derechos naturales derivados* a aquellos que son manifestaciones y derivaciones de un derecho primario. Por ejemplo, el derecho a la vida es un derecho primario, del cual derivan el derecho a alimentarse, el derecho a medicarse, etc. Derecho primario es el derecho al matrimonio, del que son derechos derivados el de elegir libremente cónyuge, el de tener hijos, etc.

La importancia de esta distinción radica, al igual que en la anterior, en la diversa influencia que la historicidad tiene en unos y otros. Mientras los derechos primarios son constantes y permanentes, los derechos derivados están sujetos a una mayor variabilidad en lo que respecta a su extensión, por cuanto dependen en mayor grado de las condiciones históricas. Así el derecho a la alimentación o el derecho a la educación tienen mayor extensión en los entornos más desarrollados que en los menos desarrollados.

§ 5. Bienes y medidas de derecho natural.

Después de lo que hemos ido viendo, corresponde ahora interrogarse por los bienes y las medidas de derecho

natural. ¿Qué bienes son derechos naturales? podría ser la primera pregunta, a la que puede seguir una segunda: ¿cuándo la medida del derecho es natural?

1. *Qué bienes son derechos naturales.* Rige en este punto un criterio general, que abarca todo tipo de derechos naturales: constituye un derecho natural todo aquel bien que sea debido al hombre por virtud de la naturaleza humana. Como se trata de *lo justo natural,* será derecho natural todo aquello en el que la deuda y la correspondiente exigibilidad no provengan de la voluntad humana, sino de la misma naturaleza del hombre. No parece que pueda darse un criterio más concreto respecto de todos los derechos naturales. Puede, en cambio, concretarse más respecto de los derechos naturales originarios, lo cual sirve indirectamente como criterio respecto de los restantes.

En síntesis, podemos decir que son bienes que constituyen otros tantos derechos naturales originarios: *a*) los bienes que forman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; *b*) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; y *c*) los bienes que son el objeto de esas operaciones.

Siendo la persona un ser que es dueño de su propio ser, resulta evidente que el hombre tiene por título natural como derechos los bienes que constituyen su propio ser: su vida, sus miembros, sus potencias y sus tendencias. Pero el hombre es, a la vez, un ser *dinámico,* esto es, un ser ordenado y destinado a unos fines; por eso la operación —el obrar— constituye la perfección del hombre (su *realización*). Las operaciones que responden a los fines naturales del hombre porque tienden a su obtención, son expresión de la naturaleza humana, pues de ella nacen; constituyen, por lo tanto, derechos naturales. Asimismo, esas operaciones recaen sobre cosas y bienes exteriores, sin los cuales resultan imposibles o vacías, lo que implica que el objeto de la operación constituye parte ne-

cesaria de los derechos naturales; él mismo es un derecho natural. Así es derecho natural la operación de alimentarse, al tiempo que el alimento es un bien que constituye un derecho natural.

Lo que acabamos de señalar se refiere al *criterio determinativo* que, en cuanto está constituido por la naturaleza humana, representa un criterio constante y permanente. En cambio, es históricamente variable la *enumeración concreta* de aquellas materias que constituyen derechos naturales. Esta variabilidad es fácilmente constatable. Basta observar que con el transcurso del tiempo se ha ido perfeccionando el conocimiento de los derechos naturales; en épocas más cercanas a nosotros han ido enumerándose derechos naturales muy imperfectamente conocidos anteriormente o incluso desconocidos. Cualquier tabla actual de los derechos naturales llamados fundamentales o humanos contiene derechos, o aspectos de ellos, apenas mencionados en tiempos anteriores. Igualmente, aún en una misma época, la enumeración puede variar de unos autores a otros. Esta variación obedece a diversas causas, de las que a continuación resumiremos las principales.

En primer lugar, existe una razón de conocimiento; si bien la naturaleza humana y sus fines son conocidos en lo fundamental por todos los hombres, cabe sin duda enriquecer y profundizar ese conocimiento, descubriendo así aspectos antes imperfectamente conocidos. Un mejor conocimiento de la naturaleza humana, conduce a un mejor y más depurado conocimiento de los derechos naturales. Este proceso cognoscitivo, tal como de hecho se ha dado y se da, entraña avances y retrocesos.

En segundo término, la variación en la enumeración de los derechos naturales se debe a la dimensión histórica que es propia de los derechos derivados y subsiguientes. Al depender, en una u otra forma, de una situación histórica, su número está sometido al cambio histórico. Para entender esto con precisión es necesario recordar que los derechos naturales son derechos reales

y concretos —no enunciados abstractos— y, en consecuencia, dependen de la existencia histórica de los bienes que los constituyen o de los hechos que —en su caso— son su presupuesto. Es inútil hablar de un derecho natural a la enseñanza superior en los pueblos primitivos. Donde la *cosa* no existe no hay derecho natural. Esta variabilidad se da sólo en el orden de la *perfección* de los fines del hombre, no en cuanto a su núcleo primario y esencial.

Por último, la variabilidad en la enumeración puede tener su origen en los diferentes criterios científicos utilizados para la sistematización de los derechos naturales. Así la libertad de las conciencias engloba para algunos autores la libertad religiosa, señalando la existencia de un solo derecho; para otros, en cambio, se trata de dos derechos distintos.

2. *Medida natural del derecho.* La segunda pregunta que nos hacíamos al principio —¿cuándo la medida del derecho es natural?— no puede ser contestada sino estableciendo un criterio general: la medida del derecho es natural siempre que la igualdad entre las cosas o las personas y las cosas venga determinada por baremos objetivos y no por estimaciones de carácter subjetivo. Estos baremos objetivos son muy varios, por lo cual resulta prácticamente imposible reducir el citado criterio general a criterios más específicos. Puede, en cambio, decirse, sin que la lista sea exhaustiva, que los baremos objetivos señalados son fundamentalmente: la finalidad, la cantidad, la cualidad, la relación y el tiempo, de los que ya hemos hablado antes. De suyo, no lo es, en cambio, el *valor*, que es una estimación subjetiva; sin embargo, cuando el valor es objetivable puede ser medida natural, en tanto quepa establecer una igualdad objetiva de valor.

§ 6. NATURALEZA HUMANA Y CONDICIÓN HISTÓRICA EN RELACIÓN A LO JUSTO NATURAL.

La relación entre naturaleza e historia en el derecho y, concretamente, en el derecho natural es uno de los tópicos que más ha preocupado a la doctrina. Desde épocas relativamente lejanas, bajo el enunciado de mutabilidad del derecho natural, los autores se han ocupado de este tema; pero ha sido en nuestra época cuando mayor atención ha recibido [31]. Sin embargo, los estudios realizados han tomado como principal punto de referencia la ley (y más específicamente la ley natural), que no es, por ahora, lo que nos ocupa. Lo que vamos a estudiar a continuación es la posible dimensión de historicidad en lo *justo natural*, esto es, en las cosas atribuidas al hombre por título natural y medida natural. No se trata, pues, de la mutabilidad de la ley natural, sino de la influencia de la dimensión histórica en las cosas que son naturalmente justas. Por lo demás, dada la índole elemental de este libro, nos limitaremos a unas breves consideraciones.

1. *Naturaleza y condición histórica.* La naturaleza humana es la esencia del hombre en cuanto principio de operación. La esencia es aquello en cuya virtud el hombre es precisamente hombre, por lo cual allí donde hay un hombre allí está la esencia humana. Lógicamente la esencia no puede estar sujeta al cambio histórico, por una evidente razón: si la esencia —la naturaleza— tuviese

31. Entre la bibliografía española puede verse, M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo* (Madrid 1973); J. DELGADO PINTO, *Derecho. Historia. Derecho Natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los Ordenes Jurídicos,* en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», IV/2 (1964), págs. 73 ss.

una dimensión histórica de cambio, cambiaría el hombre en cuanto hombre; el sujeto del cambio histórico sería la *humanidad*, aquello por lo que el hombre es hombre, lo que comportaría que, cambiada la esencia, ya no habría hombre sino un ser distinto. Poco distinto o muy distinto, pero —por poco o por mucho— un ser distinto. Con ello ya no estaríamos ante la historicidad del hombre, sino ante la evolución de las especies. A lo largo de los tiempos, la especie humana habría dado lugar a otra especie y ésta a otra, y así sucesivamente, lo cual es contrario a la más elemental experiencia. La historia es la *historia del hombre*. El hombre como colectividad y el hombre como individuo es una combinación de naturaleza permanente y de cambio histórico.

Al respecto no hay que confundir la *transformación* con la *historicidad*. Cuando un ser se transforma se convierte en otro ser; un árbol, por obra del artista, puede convertirse en una escultura: ha dejado de ser árbol. En cambio, la historicidad es mudanza permaneciendo el mismo ser y, por tanto, permaneciendo un núcleo o sustrato inmutado. El hombre, por el simple fluir de la vida, va cambiando desde ser niño a ser un anciano; pero permanece su identidad. Cada uno de posotros tiene la experiencia de su propio cambio histórico; el cambio se opera sobre un yo permanente, no hay mudanza en otro ser, sino mudanza dentro del mismo ser. Uno *mismo* es el que cambia. La historicidad es cambio permaneciendo la mismidad.

El cambio histórico no afecta a la naturaleza, pero radica en la naturaleza, porque el tiempo es una dimensión natural: el tiempo existe en la naturaleza. Naturaleza e historia son inescindibles. Por eso, lo justo natural —los derechos naturales— no sólo no son ajenos a la historicidad, sino que ésta es una dimensión suya. Y lo es de dos maneras: *a*) por ser derechos realmente existentes, son derechos que se tienen en el tiempo, en la historia; no son derechos supratemporales o intemporales, sino temporales e históricos, como inmersa en la historia está la persona humana; *b*) en cuanto, al suponer un ajus-

tamiento entre cosas o entre personas y cosas, el cambio les afecta, al cambiar personas y cosas. El tema de mayor interés es este segundo, al que vamos a dedicar las líneas que siguen.

2. *Influencia de la condición histórica en lo justo natural.* Analizando las relaciones entre naturaleza e historia en la determinación de lo justo natural, podemos establecer los principios siguientes.

a) La historia no afecta al fundamento de los derechos naturales. Ya decíamos antes que el fundamento de lo justo —de todo derecho— es la condición de persona propia del hombre. Esta condición es *igual* y *la misma* en cada hombre, sin estar afectada por la historicidad. No se es más persona en la edad adulta que en la niñez, ni fue menos persona el hombre que vivió en la Edad Media que el hombre contemporáneo. Todo derecho existe en su fundamento de igual manera y con igual intensidad, con independencia de la historia.

b) La historia no afecta a la titularidad de los derechos naturales, porque el título inhiere en la naturaleza humana; pero puede afectar a la modalidad y a la eficacia de estos derechos. Desde el punto de vista del derecho subjetivo, quiere decir que no afecta a la titularidad, pero sí al ejercicio.

1.º) Afectará a la modalidad del derecho si se refiere a bienes naturalmente influenciados por la historicidad. Por ejemplo, el derecho a casarse se refiere a un bien naturalmente influido en cuanto al modo por la historicidad; tiene un modo de ser en la niñez y un modo distinto de manifestarse después de la pubertad. Para el niño, el derecho a casarse se vierte en ciertos aspectos del derecho a la integridad corporal, a la educación, etc., pero no en el derecho a contraer matrimonio; llegada la edad núbil el derecho a casarse comporta el derecho a elegir cónyuge, el derecho a contraer matrimonio y —una vez contraído éste— el conjunto de derechos que son in-

herentes a la formación de la familia. Lo mismo podemos decir del derecho al trabajo; en la primera edad es derecho al aprendizaje, después es derecho a un trabajo, en la vejez es derecho a la jubilación pagada.

La historicidad afecta sólo modalmente a la titularidad, ni la quita ni la da, pues el título inhiere en la naturaleza humana; allí donde está la naturaleza humana, allí donde está la condición de persona humana, allí está el título del derecho. Asimismo, la historicidad se limita a lo naturalmente influido por ella.

2.º) La condición histórica puede anular o suspender la *eficacia* del título, pero no la titularidad misma. Tal anulación o suspensión de la eficacia tiene lugar, por parte del sujeto: *a'*) Cuando hay una incapacidad natural; v. gr. la enfermedad o disminución suficientemente graves por lo que atañe al trabajo. *b'*) Cuando el sujeto se coloca en una situación que anula la deuda correspondiente a su derecho; v. gr. si alguien comete agresión contra la vida ajena, el agredido no tiene —durante la agresión— el deber de respetar la vida del agresor (legítima defensa). Como sea que la condición histórica sólo anula o suspende la eficacia del título y no el título mismo —el título inhiere en la naturaleza humana, por lo cual allí donde está la naturaleza está el título—, una vez desaparecida la situación que la anula o suspende, la eficacia del título revive plenamente; y así, fuera de la situación misma de la agresión, el agresor injusto tiene el derecho a la vida y no puede ser privado de ella por el agredido.

Por parte del objeto, el título se torna ineficaz por ausencia de objeto, como ocurre con el derecho a los alimentos, en situaciones de grave escasez de éstos.

La colisión de derechos entre dos sujetos distintos no afecta a la titularidad ni a la eficacia de éstos; sólo puede anular o suspender el deber en justicia de coadyuvar al derecho del otro. En caso de colisión, el deber de ayudar al derecho ajeno se queda en el solo aspecto de virtud moral (solidaridad, caridad); en justicia, no cabe

agresión al derecho ajeno, pero sí el recurso al voluntario indirecto, ejerciendo el propio derecho.

c) En mayor grado puede afectar la condición histórica a la medida de los derechos naturales. La razón la indicábamos antes: siendo la medida del derecho el ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas, la condición histórica puede suponer cambios en las relaciones entre las cosas o entre éstas y las personas. Pues en efecto, ni las cosas ni las personas existen en pura naturaleza, sino en condición histórica. La regla para no caer ni en irrealismo ni en historicismo —dos actitudes opuestas al verdadero arte del derecho natural— es no perder de vista que lo histórico sólo afecta a aquellos aspectos sometidos a la dimensión tiempo (cantidad, cualidad y relación).

La condición histórica puede afectar a la medida de los derechos naturales respecto del *entorno* y respecto del *estado* de la persona.

1.° El entorno influye modalmente sobre la medida del derecho en cuanto que los bienes que, en cada momento histórico determinado, abarca un derecho natural —real y existente— pueden ser mayores o menores en cantidad y calidad. Obviamente hay derechos naturales sustraidos a este factor histórico; y así los derechos conyugales son los mismos en cualquier tiempo histórico y cualquiera que sea el entorno. Pero no cabe duda de que existen derechos naturales afectados por el entorno; por ejemplo, los derechos a la salud y a la alimentación. El progreso de la medicina amplía la medida —repetimos, la concreta y real, no la abstracta— del derecho a la salud; hoy el derecho a la salud comprende bienes —medicinas y medios terapéuticos— impensables en siglos pasados. De modo similar, el derecho natural a la alimentación comprende en épocas de progreso y desarrollo una calidad —y aún cantidad— de alimentos, que resultan imposibles —por tanto no conforman un derecho real y concreto— en otras épocas o circunstancias. Lo mismo podemos decir del derecho a la educación y, en general,

de todos los derechos relacionados con la calidad de vida [32].

2.º) Por *estado de la persona* no nos referimos aquí a los llamados estados en el derecho civil o en el derecho canónico, sino al *tipo* humano resultante de la evolución histórica, mediante el proceso cultural y civilizador. La cultura y la civilización no dan por resultado sólo el aumento de saberes y de medios, sino también un aumento de elevación espiritual y moral, un perfeccionamiento de la sensibilidad, cambios de mentalidad e idiosincrasia, etc. Hay un cambio de *tipo* humano. ¿Tiene esto influencia en la medida de lo justo? Hay materias que indudablemente escapan a la influencia de este factor histórico: por ejemplo, todas aquellas en las que la medida es la naturaleza humana como tal. En cambio otras no escapan a este factor; una de las materias en la que la medida de lo justo está más influida por este factor histórico es el derecho penal: penas que son justas y proporcionadas para delincuentes habituales, pueden resultar injustas y desproporcionadas para el delincuente ocasional; un sistema represivo en contextos sociales y épocas de alto índice de delincuencia puede ser injusto, por excesivo, en sociedades y épocas de baja criminalidad. Yendo a materias muy distintas, derechos influidos por este factor histórico son, por ejemplo, el derecho a la cultura, el de participación en el gobierno (es bien sabido que la democracia sólo puede ser una buena —y por tanto justa— forma de gobierno en ambientes con un cierto grado de civili-

32. Este hecho pone de relieve la injusticia que entraña la marginación social, cuando no es debida a culpa del marginado. En un entorno de desarrollo y prosperidad, la marginación respecto de bienes que, constituyendo un derecho natural, superan los que comprende ese derecho en entornos menos desarrollados y prósperos, representa una injusticia, porque se debe a una incorrecta —que es injusta— distribución de bienes. Y así los progresos de la medicina o la abundancia y calidad de la alimentación deben llegar a todos. La medida de este tipo de derechos naturales en entornos poco desarrollados no da la medida de este derecho en los entornos más desarrollados.

zación y cultura), el derecho al honor (cosas que atentan al honor en determinados ambientes, pueden no atentar contra él en otros), etc.

3. *Límites de la historicidad.* Los límites de la historicidad están determinados objetivamente por la realidad misma. La regla para determinar esos límites reside en la distinción entre el núcleo permanente de los seres y sus factores afectados por la dimensión tiempo (en términos aristotélico-tomistas, *esencia o naturaleza* y *accidente* respectivamente). El cambio se da sólo en la cantidad, la cualidad y la relación; y se refiere al ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas.

Es claro por lo dicho que la historicidad no se refiere a la naturaleza humana, considerada en sí misma y en los bienes que la constituyen, pues la naturaleza es aquel factor permanente en cuya virtud el hombre es hombre. Tampoco puede referirse a la variabilidad del ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas, supuesta la misma situación; a igual situación, igual derecho. Por último, la historicidad de los derechos naturales no puede estar afectada por la variación en la estimación social —valores— de los bienes que los constituyen; la estimación social no influye en el derecho natural, sino, en todo caso, en su respeto por parte de los demás. Un menor respeto a un derecho natural, por ser menor la estimación social, no hace variar la razón de injusticia, sino que muestra simplemente un menor sentido de la justicia en la sociedad por lo que a ese derecho concreto se refiere.

§ 7. Abstracción y concreción en los derechos naturales.

No sin cierta frecuencia se ha afirmado que los derechos naturales son derechos abstractos, en el sentido de

constituir algo así como ideales genéricos de justicia o simplemente principios o valores de justicia. En todo caso, una característica de los derechos naturales sería su carácter abstracto: derecho a la educación, derecho de la familia a recibir ayuda del Estado, etc. Y así los desposeídos y marginados tendrían esos derechos abstractos, aunque en la realidad no tuviesen ningún derecho en concreto.

Frente a esta idea —que proviene, entre otras cosas, de confundir el derecho en sentido realista con el derecho subjetivo, entendiendo este último según el modo propio del liberalismo— debe advertirse que un derecho abstracto no es un derecho, porque los derechos son cosas reales y concretas, verdaderamente debidas a su titular. Cuando hablamos de derechos naturales no nos referimos a un enunciado abstracto, sino a lo justo natural, o sea, a aquellas cosas reales y concretas que están verdaderamente atribuidas a una persona a título de naturaleza humana. Los derechos de los que venimos hablando son derechos reales y concretos. Así, por ejemplo, el derecho a la vida no tiene nada de abstracto; la vida de cada hombre es tan real y concreta como real y concreto es cada hombre; y es real y concretamente suya respecto de cada hombre. El atentado homicida no ataca a una abstracción, sino a una realidad concreta.

Una consecuencia que de esto se deduce es que la negación de estos derechos o el ataque a ellos conlleva una real y propia razón de injusticia. Respetar y satisfacer esos derechos no es cuestión, simplemente, de un libre juego de opciones políticas, o de una lucha social de intereses, sino de injusticia en el sentido propio del término. La desposesión y la marginación constituyen injusticia. Por lo tanto, una conformación de la sociedad en la que tales derechos no sean respetados, representa una sociedad injusta. De ahí que sistemas como el capitalismo puro y el socialismo marxista o el nacionalsocialismo hayan sido calificados de injustos.

Una segunda consecuencia es la distinción entre los enunciados generales y abstractos que de estos derechos

hace la ciencia jurídica y los derechos reales y concretos de que goza cada hombre en particular. La ciencia jurídica —de la que es una parte la ciencia del derecho natural— se mueve en un plano general de abstracciones, y así habla «del contrato», «de la compraventa», «de la enfiteusis», «del acto jurídico administrativo»; análogamente, se hablará «del derecho a la educación», «del derecho a la salud», etc. Pero esto no significa ni que los contratos sean cosas abstractas, ni que lo sea el derecho a la salud. En la vida real, se dan compraventas concretas —el sujeto A compra el traje X al precio de tantas pesetas—, como se da la orden ministerial M, o el enfermo Y y el médico B en un contexto que ofrece unos medios terapéuticos determinados. El derecho a la salud, en la vida real, comprende el conjunto de actos médicos y el uso de los medios terapéuticos real y concretamente disponibles. En otras palabras y siguiendo el ejemplo propuesto, el derecho a la salud es, en cada caso concreto, el derecho a la atención disponible, que puede ser bien distinta en la selva amazónica, en un país subdesarrollado o en la gran metrópoli de los países más avanzados. Puede, sin duda, hablarse de enunciados abstractos en el plano de la ciencia jurídica, pero esto es la forma propia que la ciencia tiene de conceptualizar; el derecho real no es esa abstracción, sino el derecho natural concreto de que goza el sujeto en su contexto. Este derecho concreto es el que el arte del derecho debe determinar, en su específica función de solucionar los casos concretos.

§ 8. Lo justo positivo.

Como paso previo para estudiar las relaciones entre lo justo natural y lo justo positivo —entre derecho natural y derecho positivo, tomados ambos en sentido realista— conviene que a continuación se expongan, con bre-

vedad, algunos extremos relativos a lo justo o derecho positivos, sin entrar en un análisis completo, que no es del caso hacer aquí.

1. Positivo quiere decir *puesto* por el hombre, constituido por voluntad humana; en consecuencia, llamamos justo positivo o derecho positivo a aquella cosa —corporal o incorporal— que está atribuida a un sujeto por título convencional (derivado de la convención o voluntad humanas) y está medida como derecho por una regla también convencional. En otras palabras, es positivo aquel derecho cuyo título y cuya medida proceden de la voluntad y el arte humanos. Sin olvidar que, como decíamos antes, hay derechos mixtos, que son en parte naturales y en parte positivos; es decir, derechos con título positivo y medida natural y derechos con título natural y medida positiva.

Hemos aludido más arriba a un hecho de experiencia: los hombres se reparten y atribuyen bienes, así como la sociedad los reparte y atribuye. El resultado de este reparto es lo justo o derecho positivos. Se trata, pues, de cosas corporales o incorporales, cuya atribución —cuya titularidad— proviene de la multiplicidad de decisiones humanas en el ámbito propio del reparto y atribución de bienes. El origen del derecho positivo no es la naturaleza, sino un acto constitutivo de la voluntad humana.

Claro está que la voluntad humana que origina un derecho positivo no es cualquier voluntad; se trata de un acto constituyente y, por lo mismo, un acto que depende de un sujeto dotado de potencia constitutiva de derecho. Esto significa que el derecho positivo se origina como resultado de un poder, bien sea público (v. gr. la ley), bien sea privado (v. gr. acto de donación).

De lo dicho se desprende un rasgo típico del derecho positivo: como sea que su causa constituyente es la voluntad humana, por causa de la voluntad humana puede dejar de existir y variar en su medida y conformación. El derecho positivo pende de la voluntad humana.

2. El derecho positivo es un verdadero derecho —al igual que lo es el natural—, porque la voluntad humana es capaz de verdadera y propia atribución de las cosas y de ajustarlas entre sí.

a) El título positivo es un verdadero título, pues tiene la virtud de atribuir las cosas. La razón reside en el dominio que el hombre tiene connaturalmente como persona que es, y en la libertad que le corresponde también como aspecto ontológico propio de un ser personal. Hay cosas que por naturaleza le están atribuidas al hombre, pero sobre otras muchas cosas tiene sólo una *capacidad natural de dominio o posesión,* que implica la facultad de recepción y apoderamiento; por otra parte, el dominio sobre las cosas le faculta para disponer de ellas, mediante la traslación de dominio. Además, por lo que respecta a la sociedad son múltiples los aspectos de su organización —con la correspondiente atribución de funciones y cargas— que dependen, no de la naturaleza, sino de la opción humana. Cabe, pues, atribución de cosas por actos de apropiación (v. gr. ocupación) y por actos traslaticios de dominio (v. gr. contrato de compraventa). Parecidamente la sociedad, al tener potestad de distribuir los bienes, las funciones y las cargas da lugar a actos de atribución.

Todo ello tiene fundamento en la libertad humana: la naturaleza ha dejado a la elección del hombre y a su voluntad una gran parte de la distribución de bienes y de la organización de la sociedad; ni esta distribución ni esta organización son un juego de fuerzas naturales, sino el resultado de libres decisiones del hombre. En suma, la voluntad humana —la decisión del hombre— tiene capacidad para una real y verdadera atribución de bienes y, por lo tanto, la voluntad humana crea títulos de derecho.

El título positivo da origen a un verdadero derecho, hace suya la cosa respecto de su titular, generando la correspondiente deuda de justicia. Por lo que atañe a la fuerza del título y de la deuda, no hay distinción entre

el derecho natural y el derecho positivo; en ambos casos, la cosa es igualmente suya en relación al sujeto y le es igualmente debida.

b) Asimismo la voluntad humana es capaz de *ajustar* bienes y valores entre sí y entre personas y cosas. Es éste un punto en el que conviene insistir y cuyo sentido debe dejarse claro, pues es fácil entender que el ajustamiento positivo o convencional es arbitrario, siendo así que la arbitrariedad ni engendra ni mide derechos.

El sentido radical de la medida positiva del derecho —o en otras palabras, del ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas— es el de responder a una opción —elección— o a un conjunto de múltiples opciones o elecciones. El ajustamiento entre cosas o entre personas y cosas no es otra cosa que una correlación elegida y, en su caso, un ajustamiento de elecciones. Cuando, por ejemplo, se adopta el sistema democrático y se concede congruentemente el mismo voto a todos los ciudadanos, esto no significa que todos los ciudadanos sean igualmente responsables y conocedores de la cosa pública, sino que representa una opción política, en cuya virtud se concede la misma medida de participación a cada ciudadano. El ajustamiento de precio en una compraventa —es otro ejemplo— supone un ajustamiento de elecciones.

Ahora bien, la elección u opción humanas no equivalen a arbitrariedad, porque si bien caben elecciones arbitrarias, la elección como tal es un acto racional. La elección —u opción— de la que hablamos como generadora de la medida de lo justo positivo es un acto que proviene de un poder, esto es, un acto dotado de racionalidad. Se trata, pues, de una elección *racional,* aspecto éste, del que depende el valor mismo de la opción, pues sólo la opción racional es verdadero ejercicio de un poder (la irracional no es *poder jurídico,* sino prepotencia). Allí donde no hay racionalidad, no hay medida del derecho, porque el acto carece del valor constitutivo de un derecho. El motivo es claro: el sistema de derecho es el sistema racional de las relaciones humanas, frente al siste-

ma de fuerzas e instintos propio del mundo animal. La esencia del derecho es la racionalidad; cuando ésta falta no estamos ante el sistema jurídico de relaciones humanas, sino ante un sistema de fuerza y arbitrariedades, que es algo distinto del derecho.

3. La medida positiva es posible, porque se basa en una *indeterminación* del ajustamiento natural entre personas y cosas o entre las cosas, siempre en relación al derecho. Es esto un supuesto natural de la libertad. La libertad humana se posibilita siempre por una indeterminación de la naturaleza. Allí donde la naturaleza determina la esfera de acción del hombre —tanto en el plano moral como en el físico— no hay, para el hombre, posibilidad de elección, que se sustituye por la necesidad (física o moral). La medida positiva representa un ajustamiento que, en el ámbito de la naturaleza, es indeterminado; se trata de todos aquellos casos en los que no hay por naturaleza una medida determinada, lo que significa que el ajustamiento depende de factores variables entre los cuales la voluntad elige y el poder decide. De ahí que la decisión humana sea la que marca lo justo, con tal de que sea una decisión racional.

Siempre que la decisión sea racional, las cosas y las personas quedan ajustadas, siendo esa decisión humana la que marca lo justo; por consiguiente, resulta abusiva la tacha de injusta a la medida positiva del derecho, cumplido el requisito de la racionalidad. Y así, por ejemplo, si vista la situación general de la economía de un país, los índices de inflación o deflación, los problemas sociales y las vías posibles de solución, un gobierno opta por unos baremos salariales, tales baremos señalarán verdaderamente lo justo, aunque supongan un sacrificio para patronos u obreros. Esos sacrificios no constituyen en sí injusticia —siempre que se trate de una medida racional—, sino, en todo caso, una posible desventaja. Resolver esas desventajas no es un caso de justicia —de derecho— sino de política, o sea es un supuesto de colisión de intereses, no de derechos en sentido estricto; introducir aquí

la justicia sería resultado de aplicar una noción analógica o abusiva de la justicia (salvo que exista lesión de derechos naturales en sentido propio y estricto, en cuyo caso la decisión gubernamental no se habrá mantenido dentro de los límites de la indeterminación de la medida del derecho ni de la racionalidad).

§ 9. Relaciones entre lo justo natural y lo justo positivo.

Al entrar en la exposición de este tema, nuevamente debemos insistir, para evitar equívocos y aún a riesgo de caer en reiteración, que no vamos a tratar aquí de las relaciones entre la ley natural y la ley positiva. Nuestro punto de mira sigue siendo lo justo natural —las cosas justas por naturaleza o derechos naturales— y lo justo positivo —las cosas justas convencionales o derechos positivos—, dejando para su momento el estudio de las relaciones entre las leyes natural y positiva. Esta importante cuestión puede resumirse en tres principios.

1. Un primer principio que puede establecerse es el siguiente: todo derecho positivo deriva de un derecho natural, del que es desglose, extensión o complemento. Basta un análisis de cualquier derecho positivo para advertir que, más o menos inmediatamente, en su base existe un derecho natural. Así, la legítima hereditaria descansa en el derecho natural de sucesión; los recursos administrativos tienen en su base —como mínimo— el derecho al buen gobierno; el derecho de los sindicatos a la inscripción registral tiene su fundamento remoto en el derecho natural de asociación, etc.

Quede claro, sin embargo, que se trata de un desglose, extensión o complemento no contenido necesariamente en el derecho natural; el desglose, la extensión o el

complemento *necesarios* no dan lugar a un derecho positivo, sino a un derecho natural derivado o subsiguiente. *No necesario* equivale aquí a elegible y por consiguiente a conveniente o útil. No quiere decir que el derecho positivo sea un derecho que se otorga *ad abundantiam;* por el contrario, ese derecho positivo puede ser de tal manera conveniente o útil que sin él resulte vano o casi vano el derecho natural del que deriva. *No necesario* quiere decir que el derecho positivo es una elección de lo conveniente o útil entre distintas posibilidades.

La razón de que todo derecho positivo derive más o menos inmediatamente de un derecho natural estriba en cuanto antes señalábamos: todo factor cultural, toda cosa hecha o constituida por el hombre depende, en su radical posibilidad de existir, de un factor natural. Toda actividad del hombre, toda posibilidad suya de hacer o tener algo depende de su propio ser, de las tendencias y capacidades a él inherentes y de los bienes que lo constituyen. Pues bien, como sea que las cosas que acabamos de enumerar (el ser, las tendencias y las capacidades del hombre) constituyen otros tantos derechos naturales y todo derecho positivo radica en el hacer o tener del hombre, es claro que todo derecho positivo es desglose, extensión o complemento de algún derecho natural.

2. Un segundo principio podríamos enunciarlo así: la medida positiva que sea insuficiente respecto de las exigencias de un derecho natural crea un verdadero justo positivo, esto es, un derecho positivo con toda su fuerza, pero no anula la razón de insuficiencia y, por consiguiente, deja vivas las posibilidades y las vías de ajustamiento suficiente. Por ejemplo, si la legislación señala para las pensiones de los jubilados cantidades inferiores a las que deberían asignarse en razón de lo que postula la dignidad de la persona humana (proporcionar al jubilado un medio de vida decoroso y digno en relación al entorno social), el jubilado tiene un verdadero derecho a cobrar esas pensiones y, a la vez, no puede cobrar más de lo legalmente establecido; si un funcionario pagase

más de lo estipulado a unos jubilados, cometería injusticia —que podría estar tipificada como delito— respecto de la Hacienda pública, como la cometerían los jubilados que aceptasen esa pensión superior, estando uno y otros obligados a restituir. Al propio tiempo, se mantienen vivas las posibilidades y vías de ajustamiento suficiente (recurso a los tribunales si es posible, reforma de la legislación, presión social, etc.).

La razón de este principio estriba en que, en tales casos, la medida del derecho es, por naturaleza, indeterminada (en otro caso la medida positiva no sería insuficiente sino injusta) y en cuanto indeterminada no configura un justo natural perfecto (lo justo o ajustado es por su propia índole determinado), es decir, no da lugar a un derecho natural puro, sino a un derecho mixto de título natural y medida positiva; respecto de la medida, la naturaleza no determina lo justo, sino que sólo señala un *criterio de ajustamiento*. Por lo tanto, la medida positiva es la que determina lo justo en el caso concreto.

3. Finalmente se puede establecer un tercer principio: una atribución o medida positivas que vayan contra un derecho natural no dan vida a un verdadero derecho y, en consecuencia, carecen de validez. Es el viejo principio enunciado por Gayo: «Civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest» [33]. Es claro que se trata de una hipótesis distinta a la anterior: lo que contempla este principio es un acto de atribución o medida positivas que contradice a un derecho natural con título y medida determinados, o sea, que lesiona un derecho natural en sentido propio y estricto. En este supuesto, dado que lo justo está determinado por naturaleza, lo establecido positivamente —al ir contra lo justo— es injusto; y si no es *lo justo* —más todavía, es *lo injusto* en el caso concreto— es evidente que no es, por defini-

33. [*La ley civil puede corromper o alterar los derechos civiles, pero no los derechos naturales*]. *Inst.*, I, 158.

ción, derecho, pues ya hemos dicho repetidamente que derecho es igual a *lo justo*. Lo justo en el caso concreto no será lo positivo, sino lo natural. Luego la justicia negará el pretendido derecho positivo y el arte de lo justo consistirá en rechazar lo establecido positivamente. Además, es debido lo justo, la cosa justa; lo injusto no es debido, sino todo lo contrario. Por ejemplo, si una ley autoriza a la policía a matar a las personas de una raza por motivos de racismo, es obvio que quienes pertenecen a la raza proscrita no han perdido por ello su derecho a la vida; la muerte de esas personas por parte de la policía no constituye un derecho sino una injusticia, un asesinato. La «facultad de la policía de matar por motivos de raza» no pertenece al orden del derecho —sistema racional de relaciones humanas—, sino al de la injusticia del poder, al de la criminalidad de los que gobiernan.

Para comprender en todo su sentido este principio, es preciso advertir que el derecho es el sistema racional de relaciones humanas y que el que gobierna no crea la razón de justicia. Lo mismo que el ciudadano puede ser injusto, lo puede ser el gobernante —sea una persona singular, sea un órgano colectivo—, porque la persona humana tiene por naturaleza cosas que le pertenecen y le están atribuidas. Por lo tanto, el gobernante puede ser injusto, si lesiona los derechos naturales. Cuando esto ocurre, quien gobierna se sitúa —al igual que el ciudadano— fuera del orden del derecho: su acción es antijurídica. Aunque se revista con el nombre de derecho, el derecho positivo injusto es antijurídico, no está en el orden del sistema racional de relaciones humanas, y en consecuencia no es derecho.

IV. EL SUJETO DE DERECHO

Una vez que hemos analizado la justicia y lo justo y hemos expuesto qué sea lo justo natural, corresponde ahora estudiar el sujeto de derecho según la perspectiva de la ciencia del derecho natural, respondiendo a algunas preguntas fundamentales que en torno a este punto se plantean.

§ 1. LA PERSONA EN SENTIDO JURÍDICO.

El derecho, decíamos antes, se inserta en el sistema racional de relaciones interpersonales; por eso, el sujeto de derecho es el hombre. Lo será el hombre considerado individualmente o el hombre en cuanto forma cuerpos sociales; en cualquier caso, el titular del derecho, aquel a quien las cosas son debidas —el sujeto de derecho—, no es otro que el hombre.

Esto supuesto, dos son las preguntas fundamentales que cabe formular: primera, ¿ser sujeto de derecho es de origen positivo o natural?; y segunda, ¿todos los hombres son sujetos de derecho?

1. Plantear el tema del sujeto de derecho es plantear el tema de la persona en sentido jurídico, pues al sujeto de derecho se le llama comunmente, en lenguaje jurídico, *persona.* Es claro que, al identificar aquí la persona con el sujeto de derecho, estamos dando a la persona un

significado distinto a cuando hablamos en general de la persona como sinónima de hombre o como equivalente a ser que es dueño de sí. Quiere decir esto, que la palabra persona en sentido jurídico designa un concepto distinto de la palabra persona en sentido ontológico (o filosófico, como suele decirse).

Cuando en lenguaje filosófico se utiliza el término *persona,* se está señalando —lo repetimos nuevamente— un ser con unas características precisas: la persona es un ser que de tal modo *es* —inteligente y libre—, que es dueño de su propio ser. El dominio sobre el propio ser es la nota fundamental de la persona. Por eso ser persona denota dos cosas que son como las dos caras del dominio sobre el propio ser. La persona es dueña de sus actos ontológicamente, esto es, por la razón es capaz de dominar el curso de sus actos. Pero a la vez es dueña de su propio ser, en el sentido de que se autopertenece a sí misma y es radicalmente incapaz de pertenecer a otro ser. Un dominio ontológico y, al mismo tiempo, un dominio moral, el cual necesariamente es dominio jurídico, porque el ser y los actos de la persona, por pertenecerle, son derecho suyo frente a los demás.

En lenguaje jurídico, el término persona designa otro concepto: indica el sujeto de derecho, el protagonista del orden social y jurídico. Es conocido que el concepto jurídico de persona ha recibido distintas modalidades, dentro de un sustrato común: la persona es, para unos, el *sujeto capaz de derechos y obligaciones;* para otros es el *sujeto titular de derechos y deberes,* y no ha faltado quien defina el ser persona como *ser ante el derecho.* En todo caso, la persona es el sujeto de derecho, en contraposición al objeto de derecho [34].

Es claro, pues, que las notas del concepto filosófico

34. Entre los estudios más recientes sobre este tema, puede verse J. A. Doral, *Concepto filosófico y concepto jurídico de persona,* en «Persona y Derecho», II (1975), págs. 113 ss.; P. Lombardía, *Derecho divino y persona física en el ordenamiento canónico,* en *Escritos de Derecho Canónico,* I (Pamplona 1973), págs. 223 ss.

y las del concepto jurídico son diferentes y, por tanto, se trata de dos conceptos distintos.

Ahora bien, tan erróneo sería confundir estos dos conceptos como concluir de su distinción que la realidad connotada por ellos es diversa. Una cosa es la distinción de conceptos y otra la distinción de realidades. Rey y hombre, por ejemplo, son conceptos diferentes, pero uno y otro se predican de la misma realidad singular: el individuo humano que es rey. Persona en sentido jurídico y persona en sentido ontológico son conceptos distintos, pero se predican de la misma realidad: el hombre, aún cuando quepa que, además del hombre singular, puedan ser consideradas personas —en sentido jurídico— otras realidades, como las *universitates personarum* y las *universitates rerum* (personas jurídicas o morales).

Esto tiene mayor importancia de lo que a simple vista pueda parecer, pues el problema crucial que se plantea en este asunto es el de la relación entre ambos conceptos: ambos son distintos —significan aspectos distintos—, pero ¿son dos conceptos no relacionados, totalmente distintos, o, por el contrario, están imbricados entre sí, o sea, que persona en sentido jurídico es un concepto que *está contenido radicalmente* en el de persona en sentido ontológico, de forma que se trata de conceptos sólo parcialmente distintos? La respuesta a este interrogante ha de llegar una vez contestadas las dos preguntas antes hechas.

2. La primera de las dos preguntas fundamentales planteadas anteriormente, recordémoslo, era: ¿ser sujeto de derecho, ser persona, es de origen positivo o natural?

Ser persona en sentido jurídico ha sido entendido —lo señalábamos pocas líneas antes— de tres modos: sujeto titular de derechos y obligaciones, sujeto capaz de derechos y obligaciones y ser ante el derecho. Tres formas que contienen matices distintos, sin duda importantes, pero de un valor secundario para lo que aquí nos interesa. Porque, cualquiera que sea la definición que se

estime más correcta, el punto que nos ocupa está en un plano más radical: el hecho de ser sujeto de derecho (lo mismo si esto se interpreta como titularidad que si se entiende como capacidad), el hecho mismo de ser persona, ¿es un hecho natural o positivo?

Quizá podría decirse que el problema es implanteable en estos términos porque, a fin de cuentas, persona es un concepto técnico-jurídico y, en consecuencia, una creación científica de los juristas. Pero con ello se olvidaría que, si bien el concepto puede tener una extensión artificial —así ocurre con las personas jurídicas o morales—, en su radicalidad no es un mero artificio, pues todo concepto, si no es un juego intelectual, ha de tener una correspondencia en la realidad. Persona puede ser un concepto técnico-jurídico, pero, o no significa nada, o se refiere a una realidad central de toda la realidad jurídica: quién es el sujeto de derecho.

Para contestar a la cuestión planteada debemos advertir que, por mucho que tenga de contenido positivo, el derecho como tal, el hecho de existir el derecho, no es un hecho cultural sino natural. Aun suponiendo que todo sistema jurídico fuese una creación cultural, no es cultural sino natural la existencia misma del sistema de derecho. Podemos aclarar esto con un ejemplo al que antes hemos acudido. Es claro que cualquier sistema de comunicación oral —todo idioma— es una creación cultural; toda palabra es convencional y cada idioma o dialecto es un producto histórico. Pero no son culturales sino naturales la capacidad de hablar, la tendencia a la comunicación oral y el hecho mismo de esa comunicación. Y porque esto es natural, quien marca los sujetos de la comunicación oral (los sujetos dotados de capacidad) no es la cultura, sino la naturaleza. De modo similar, el derecho no es un fenómeno creado por la cultura. Aún suponiendo que todo sistema jurídico fuese una creación positiva (que no es así ya lo hemos visto pues existen derechos naturales, pero valga como hipótesis), no es cultural ni la capacidad del hombre de ser sujeto de derecho, ni la tendencia a relacionarse jurídicamente, ni el

hecho mismo de que exista el derecho. Para que esto fuese cultural y no natural haría falta que el estado natural del hombre fuese *ajurídico*, que nada jurídico hubiese naturalmente en el hombre. Y esto es inadmisible. En primer lugar, nadie lo ha admitido. Se ha llegado a decir —lo afirmaron diversos autores de la Escuela moderna de Derecho Natural— que el estado natural del hombre fue asocial, siendo la sociedad, al decir de quienes tal pensaban, una creación cultural o voluntaria; mas en ese estado asocial el hombre tenía una condición jurídica, sus derechos naturales y aún —como escribía Hobbes— el *ius omnium erga omnes.* La ajuridicidad natural es impensable, porque esto significaría que, por naturaleza, las relaciones de hombre a hombre no conocerían ni lo recto, ni lo justo, ni ninguna exigibilidad, ni ningún poder; sería el estado de pura anomía y de fuerza absoluta, lo cual no es propio de la condición de persona, que por naturaleza es racionalidad, exigibilidad y dominio. En segundo lugar, ya hemos dicho que todo hecho cultural se basa necesariamente —es presupuesto de existencia— en un hecho natural, a partir del cual se desarrolla según la medida de su indeterminación. Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la *juridicidad natural* de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de sujeto de derecho —como la condición de sujeto de la comunicación oral— no es cultural sino natural. Y adviértase que no se trata simplemente de que todo hombre *puede* ser, si se quiere, capaz de derechos. La juridicidad natural significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho.

Cuanto acabamos de decir se funda en la consideración mínima de la juridicidad natural. Si además tenemos en cuenta que existen, como decíamos, derechos naturales, entonces es más evidente aún que ser persona tiene su

origen en la naturaleza, porque el hombre es por naturaleza, no ya capaz de derechos y obligaciones, sino titular de derechos y deberes.

Quizás podría pensarse —y así se expresaron algunos civilistas y canonistas en el pasado— que existe un concepto de persona por derecho natural y un concepto de persona por derecho positivo. Pero esta opinión no advierte el fondo del problema. Lo natural y lo positivo no son *dos sistemas paralelos de derecho,* sino dimensiones de un solo sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo. Cuanto hemos dicho —y cuanto se dice más adelante al hablar de las relaciones entre ley natural y leyes positivas— pone suficientemente de relieve la inconsistencia de esta postura. Lo positivo es desarrollo de un núcleo de juridicidad natural; por lo tanto, no hay más que un concepto de persona, cuyo contenido es natural en lo que atañe a su núcleo fundamental.

3. La segunda pregunta se refería a la extensión del concepto: ¿son personas todos los hombres? La pregunta puede situarse en el plano de los hechos: ¿hoy en día reconocen todos los ordenamientos jurídicos a todos los hombres como persona en sentido jurídico? Pero esto es una cuestión de hecho que no tiene su lugar en una obra de derecho natural, salvo a efectos estadísticos, que no son aquí del caso. El interés de la pregunta se centra en el plano fundamental: si todos los hombres son, de suyo, personas en sentido jurídico o no.

A esta pregunta han respondido negativamente el positivismo jurídico y, con anterioridad, juristas imbuidos de la concepción estamental de la sociedad.

a) El positivismo jurídico contesta negativamente a la pregunta formulada, por entender que la personalidad jurídica es una creación del derecho positivo. Basado en esto, entiende que sólo son personas aquellos hombres a quienes el derecho positivo reconoce como tales; aunque de hecho es general que los ordenamientos jurídicos otorguen hoy personalidad jurídica a todo hombre, esta uni-

versalidad sería un hecho, pero de suyo no todos los hombres serían persona. Es más, ningún hombre sería de suyo persona, pues todos los hombres tendrían la personalidad concedida por el derecho positivo. Las consecuencias que de esto se derivan son claras: la falta de reconocimiento de la personalidad a categorías o grupos de hombres por parte del derecho positivo no constituiría de suyo una injusticia; no constituiría injusticia el esclavismo norteamericano, en cuyo contexto el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró en 1856 (caso Dred Scott v. Sandford) que los esclavos no eran personas; como no constituiría lesión al derecho a la vida del recién nacido matarlo antes de las 24 horas del nacimiento en el ámbito de aquellas legislaciones que reconocen la personalidad civil al nacido tras 24 horas de vida extrauterina. Es decir, el hombre no sería titular de derechos naturales; es más, no sería de por sí sujeto de relaciones jurídicas.

El positivismo jurídico lleva el tema del derecho a un callejón sin salida. No sólo destruye cualquier dimensión natural de justicia, que queda reducida a mera legalidad (pues los *valores*, a los que algunos positivistas apelan, no son de por sí derechos —la única fuente de derecho es la ley positiva para el positivismo— ni en consecuencia engendran una verdadera relación de justicia), sino que además despoja a la persona humana de toda juridicidad inherente a ella, lo cual es rigurosamente imposible. Ya hemos dicho antes que todo hecho cultural se asienta en un dato natural. Si el hombre no fuese naturalmente sujeto de derecho, persona en sentido jurídico —sujeto natural de juridicidad—, el fenómeno jurídico no existiría por imposibilidad de existencia.

Como sea que la personalidad jurídica es, en su raíz, un dato natural, la consecuencia es obvia: todo hombre es persona; allí donde hay un ser humano, allí hay una persona en sentido jurídico. Advirtiendo que esta personalidad jurídica natural no es solamente la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, sino que además —según lo que hemos reiteradamente dicho— comporta la titularidad de derechos y deberes natura-

les. De donde se deduce que negar la personalidad jurídica a un ser humano, cualquiera que sea su condición o estado, es una injusticia. Con razón la Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su art. 6 que: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica», o como se lee en el texto inglés, todo hombre tiene derecho, en todas partes, a ser reconocido como persona ante la ley (*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*) [35].

En este punto de la exposición podemos volver a un interrogante que antes nos planteábamos, a saber, si persona en sentido ontológico y persona en sentido jurídico son conceptos totalmente distintos —sin relación entre sí— o si, por el contrario, uno de ellos está implicado en el otro (conceptos parcialmente distintos). Pues bien, de lo dicho se desprende que no hay distinción total, ya que el concepto de persona en sentido jurídico está contenido en el concepto ontológico de persona, del que es un corolario. No se trata de que toda persona en sentido ontológico sea persona en sentido jurídico por una coincidencia de hecho, sino de que si todo ser humano —toda persona en sentido ontológico— es persona en sentido jurídico, lo es porque ser persona en sentido ontológico implica por definición ser persona en sentido jurídico. Las razones ya están dichas antes. Si la persona es un ser que es dueño de su propio ser, y de su entorno en cuanto capaz de apropiación y titular de derechos naturales, ser persona implica de suyo el fenómeno jurídico como hecho natural y la dimensión de ser sujeto de derecho. La condición ontológica de persona incluye la subjetividad jurídica, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concep-

35. Cfr. J. HERVADA-J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona 1978), nn. 146, 239 y 807-809.

to jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta *lo jurídico de la persona o ser humano.*

b) A la conclusión de que no todo hombre es persona llegaron también una serie de juristas imbuidos de la concepción estamental de la sociedad.

En términos genéricos (no en rigurosos términos históricos), llamamos *estamental* a toda concepción de la sociedad, según la cual los hombres son considerados *desiguales* en valor y dignidad, de modo que la sociedad se constituye por estratos de personas o *estados,* que constituyen a cada hombre en una condición estable y difícilmente cambiable: v. gr. sociedad de castas, distinción entre libres y esclavos, patricios y plebeyos, nobles, libres y siervos, etc.

Es rasgo típico de la sociedad estamental que la participación en la vida social —y, en consecuencia, los derechos y deberes de los que cada hombre es titular— depende de la *condición* o *estado* en el que el hombre está inserto y es desigual en función de dichos estados o condiciones. Para esta mentalidad, el hombre se hace sujeto de derecho, no por sí mismo, sino en razón de su estado o condición, de manera que ser persona no representa lo que el hombre es de suyo ante el derecho, sino que es atributo del *papel* que desempeña en la vida social. Los derechos y deberes se tienen en función de la condición y estado. Así, cuando los juristas —en un medio estamental— tuvieron que buscar una palabra que designase la subjetividad jurídica, usaron el término persona, que originariamente designaba la máscara que caracterizaba a los actores según su papel en la representación teatral. Persona en sentido jurídico venía a significar de este modo, no al hombre en sí mismo, sino *al hombre en su estado* —según una definición bastante extendida—, o sea, al hombre en cuanto representa un papel en el teatro de la vida social[36].

36. Sobre el concepto de estado, puede verse, F. SANCHO REBULLIDA, *El concepto de estado civil,* en «Libro Homenaje al Dr. Serrano y Serra-

Cuando a finales del siglo XVIII se rompió —ideológicamente, pues la realidad ha estado muchas veces en oposición a esta ruptura— la sociedad estamental con la caída del Antiguo Régimen, al principio de desigualdad sucedió al principio de igualdad y entró en crisis el concepto de *estado civil*. En buena técnica jurídica, la réplica a la concepción estamental de persona es el principio contenido en el art. 6 de la Declaración Universal de Dechos Humanos, puesto que el principio de igualdad significa que el hombre ya no es considerado jurídicamente en razón de su papel social —en razón de su condición o estado— sino en razón de sí mismo; por eso repiten insistentemente las declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, que estos derechos son esenciales o inherentes al hombre y se tienen con independencia de cualquier condición. Por lo tanto, el concepto jurídico de persona debe reducirse al concepto ontológico de persona: persona en sentido jurídico no alude al hombre en su estado, sino al hombre en sí mismo. Pero esto no lo han tenido presente muchos juristas que, por resabios estamentales, han seguido separando el concepto de persona del concepto de ser humano. La conclusión ha resultado ser la misma que la del positivismo: de suyo no todo ser humano es persona.

Claro es que esta mentalidad supone un inequívoco desfase, pues aplica una noción estamental a un contexto social y jurídico que no lo es. Dicho de otro modo, es una forma anacrónica de entender la persona en sentido jurídico. El principio de igualdad, la sustitución de la mentalidad estamental por la de sociedad igual y la teoría de los derechos humanos (conjunto de derechos inherentes a todo ser humano con independencia de cualquier condición, como reiteradamente señalan los documentos internacionales sobre ellos) exigen que de

no», I (Valladolid 1965), págs. 741 ss.; J. FORNÉS, *La noción de «status» en Derecho Canónico* (Pamplona 1975).

suyo el concepto de persona sea atribuida a todo ser humano, cualquiera que sea su condición.

En este caso, el signo de la historia está en la línea del derecho natural.

4. La personalidad jurídica es una dimensión de la persona, ser sujeto de derecho, que no se confunde con el conjunto de derechos y deberes que tiene la persona en calidad de tal; este conjunto de derechos y deberes constituyen el *contenido* de la personalidad, tema éste que no corresponde tratarlo aquí. Respecto del contenido de la personalidad sólo nos interesa poner de relieve tres cosas.

En primer lugar, debemos recordar que el contenido de la personalidad incluye un conjunto de derechos naturales y, básicamente, los que hemos llamado derechos naturales primarios. En segundo término, ese contenido incluye también factores positivos, cuya regulación corresponde a la ley positiva. En tercer lugar, la ley positiva puede regular la personalidad en su conjunto, atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico y así puede negar derechos sucesorios al nacido inviable, establecer plazos para el comienzo del disfrute de los derechos (v. gr. 24 horas después del nacimiento), etc. Ahora bien, esta potestad de regulación tiene dos límites claros: *a*) no puede la ley positiva negar de raíz la personalidad a un ser humano (bien de principio no reconociéndole la personalidad, bien privándole de ella por muerte civil), cualquiera que sea su condición (nacido o no nacido, viable o inviable, de una u otra raza, etc.); y *b*) la limitación de la personalidad no puede extenderse a los derechos naturales, según la regla a la que antes aludimos: «naturalia iura civilis ratio perimere non potest», la ley civil no puede destruir los derechos naturales [37]. En tal sentido, constituiría un atropello —una injusticia— negar al no nacido el derecho a la vida.

37. Inst., III, 1, 11.

§ 2. Las relaciones jurídicas.

La realidad jurídica no es simplemente un conjunto de normas, como pretende la mentalidad normativista, sino una realidad compleja, cuya base está constituida por una trama de relaciones sociales, a las que llamamos jurídicas, en cuanto se refieren a los derechos, naturales o positivos, que el hombre posee. Comportando el derecho relaciones de los hombres con los demás (alteridad), la relación jurídica nos aparece como la estructura primaria y fundamental de la realidad jurídica. Se trata, ahora, de ver qué hay de factor natural en las relaciones jurídicas.

1. Un dato primario y básico, que debemos poner de relieve antes que nada, es que toda relación jurídica tiene un fundamento, mediato o inmediato, que es natural.

a) En primer lugar, aunque las *formas* de las relaciones sociales puedan ser culturales, estas relaciones son en sí mismas hechos fundados en la naturaleza. No hay —como repetidamente hemos dicho— hechos culturales que no se asienten en un dato natural; si el hombre no fuese un ser dotado naturalmente de dimensión social, las relaciones sociales serían imposibles y nunca hubiesen existido. La relación social como tal es un dato de naturaleza.

Al respecto cabe señalar que lo natural no es la mera posibilidad ontológica de relación social. No cabe entender la *socialidad* humana como sola capacidad ontológica, de suerte que hubiese podido existir un estado asocial o presocial humano. De entender así la socialidad humana, habría que suponer que la relación social nació de un hecho cultural (de la voluntad humana); pero esto no es posible, pues tal paso de una mera capacidad onto-

lógica a la relación social actual habría afectado a la ontología humana (pues, v. gr., el hombre sería capaz de llegar a amar, pero el amor tendría una causa cultural), y esto no lo puede hacer la decisión humana. La socialidad es necesariamente un dato natural (y así, por ejemplo, el amor es una realidad natural). Por naturaleza, el hombre no es respecto a los demás hombres sólo *sociable,* sino también *socio,* esto es, aparece como naturalmente unido a los demás en un entramado de fines y relaciones sociales, que lo constituyen en sociedad.

La persona humana está naturalmente ordenada a la relación social con los demás hombres. No es un ser encerrado en sí, sino en comunicación y asociación con el otro. Abierto a la comunicación, a la solidaridad y al amor con sus semejantes, el hombre es un ser-en-relación. El estado natural del hombre es el estado de relación social.

b) En segundo lugar, la juridicidad de aquellas relaciones sociales que tienen esa nota también se asienta en un fundamento natural. Hablábamos antes de una *juridicidad natural,* pues, en efecto, el fenómeno jurídico es natural en su base. En las relaciones jurídicas esa juridicidad natural reside en que el *modo jurídico de relacionarse* los hombres proviene de la naturaleza. La razón la hemos puesto de relieve reiteradamente: el hombre, al ser persona en sentido ontológico, se presenta ante los demás como ser dueño de sí, o sea como titular de derechos naturales y como capaz de derechos positivos; se presenta, en definitiva, como persona en sentido jurídico, y se relaciona con los demás según esa dimensión. Toda relación jurídica tiene un fundamento natural.

2. Las relaciones jurídicas se componen, como decíamos, de los sujetos, el vínculo y el contenido, junto a un principio organizador determinado por la finalidad de la relación.

a) Por parte del vínculo existen *relaciones jurídicas naturales* en sentido propio y estricto. Se trata de aque-

llas relaciones en las que el vínculo jurídico tiene su origen en la naturaleza, v. gr. las relaciones paternofiliales. En estos casos, la relación jurídica entre los sujetos no procede de la convención humana, sino que su juridicidad es la dimensión jurídico-natural de una relación social dimanante de la naturaleza. En el ejemplo puesto, los deberes de los padres respecto del hijo (alimento y educación) no son deberes positivos, sino la dimensión jurídico-natural de la relación ontológica natural; en otras palabras, la dimensión jurídico-natural es la manifestación natural de la índole personal de esas relaciones.

También respecto del vínculo hay *relaciones jurídicas mixtas*, en parte naturales y en parte positivas. Se trata de aquellas relaciones contenidas en la naturaleza, pero concretadas por convención humana. Así, por ejemplo, es natural la formación de unidades sociales superiores, pero cada unidad de este tipo es de origen positivo; por ello el vínculo de ciudadanía es en parte natural y en parte positivo.

Por último, hay relaciones jurídicas cuyo vínculo es positivo, como son muchas de las que nacen de los contratos, o aquellas originadas por las leyes positivas.

b) El contenido de la relación jurídica puede ser natural, positivo o mixto, siendo este último tipo más frecuente que el primero.

1.º) Por supuesto que toda relación jurídica con vínculo natural (o relación jurídica natural) tiene un contenido de derechos y deberes naturales, pero lo más corriente es que a ellos se unan derechos y deberes positivos, dando lugar a contenidos mixtos. Por ejemplo, las relaciones paternofiliales, junto a derechos y deberes naturales, suelen tener derechos y deberes añadidos por la ley positiva.

2.º) Cuando se trata de relaciones jurídicas mixtas, el contenido de la relación es asimismo mixto, comprendiendo, en distinta proporción, derechos naturales, mix-

tos y positivos. V. gr. en la relación de ciudadanía hay derechos naturales (así el derecho de participación en la vida pública de acuerdo con la forma de gobierno) y derechos positivos (por ejemplo, ciertos derechos políticos), etc.

3.º) Las relaciones basadas en un vínculo positivo pueden tener también un contenido en parte natural, porque pueden poner en juego derechos naturales; en estos casos lo habitual es que se trate de derechos naturales subsiguientes. Por ejemplo, la cláusula de conciencia de la relación profesional periodística es un derecho natural subsiguiente contenido en una relación que de suyo es positiva.

V. LA REGLA DE DERECHO

§ 1. La norma y su relación con lo justo.

Objeto de estudio del jurista ha sido siempre la norma (o *ley,* en sentido genérico), entendiendo aquí por tal los preceptos que regulan la vida social. De las normas caben diversas clases, desde la ley dada por el Parlamento, el decreto gubernativo o la costumbre jurídicamente obligatoria, hasta una norma procedente de la autonomía privada como el contrato; pero todas ellas tienen de común el ser prescripciones normativas u obligatorias. Sin entrar en un estudio a fondo de la norma —que no corresponde a estas páginas— hemos de ver cuál sea la relación entre la norma (o ley en sentido general) y el arte del jurista, la relación entre la norma y lo justo.

Que existe una estrecha relación lo evidencian la historia y el lenguaje utilizado desde hace muchos siglos. Las leyes han recibido desde la antigüedad romana el nombre de derecho y de tal forma se ha intensificado modernamente este uso que hoy día la palabra derecho, sin más, se entiende como las leyes, aunque es cierto que de modo más preciso la ley recibe el nombre de *derecho objetivo.* Por otro lado, el estudio del derecho es, en gran parte, el estudio de las leyes y el jurista recibe con frecuencia el apelativo de «hombre de leyes». ¿Cuál es el origen de esta relación entre las leyes y el arte del jurista?

Podría pensarse que el arte del jurista es el *arte de las leyes,* pero con ello se caería en una confusión. Arte

es un saber hacer, de donde hablar del arte de las leyes querría decir el arte de hacer buenas leyes, y esto no es función del jurista, sino del gobernante; el *ars legis* es una parte del arte de la política o prudencia política. Sin duda el jurista tiene un papel a desempeñar en la redacción de las leyes y de ahí que con frecuencia el jurista haga propuestas *de iure condendo;* pero su papel no pasa de auxiliar. Las leyes las hacen los políticos, los gobernantes. He ahí un dato que no hay que olvidar: la función del jurista se desarrolla *una vez establecidas las leyes.* El jurista *interpreta* las leyes para su correcta aplicación.

Pero, ¿por qué el arte del jurista, que es el arte de lo justo y de lo injusto, se interesa —y en tal grado— por la ley y su interpretación? La respuesta no puede ser otra sino que existe una relación entre lo justo —el derecho— y la ley. Esta relación nos la muestra la naturaleza de la ley: la ley es una *regla,* palabra que significa lo mismo que *norma;* y una regla es una medida. La ley es regla de lo justo, del derecho. En otras palabras, la ley regula el derecho y la correlativa deuda, esto es, señala qué cosas pertenecen a cada uno, su derecho y su deber, cuándo y cómo se puede exigir el derecho o se debe pagar la deuda, etc. De lo dicho se desprende que la ley —en general la norma— tiene dos funciones respecto del derecho. Por una parte, las leyes pueden ser *causa* del derecho, pues en ocasiones reparten las cosas —corporales o incorporales—, otorgando títulos de atribución, que tienen carácter de deuda en justicia, esto es, crean derechos. Aunque no sea la única causa del derecho, la ley lo es no pocas veces; así ocurre, por ejemplo, cuando las leyes crean órganos de gobierno y les atribuyen las respectivas funciones.

Por otra parte, la ley opera como *medida* del derecho, es decir, regula los derechos y el modo de usarlos, señala sus límites, establece los presupuestos de capacidad, etc.

La ley es, pues, regla del derecho. De ahí su importancia para el arte del jurista.

Esto es obvio en la justicia legal. Las relaciones de justicia del individuo con la comunidad se regulan, como decíamos, por las prescripciones de la ley. Por consiguiente, la interpretación de la ley por el jurista es una parte importante de su arte, en cuanto lleva al conocimiento de lo justo legal, que es la adecuación de la vida social a sus reglas propias, o sea las normas o leyes.

Además, la distribución de bienes y cargas en la comunidad política se hace en buena parte a través de normas o leyes de distinto rango. Y no es infrecuente que la ley regule las distribuciones en las colectividades menores; por ejemplo, la legítima hereditaria, la distribución de beneficios en las sociedades industriales y mercantiles, la participación de beneficios por parte de los trabajadores, etc. También por este hecho la ley mide lo justo, en este caso lo justo distributivo.

Por último, las leyes establecen no pocas veces lo justo en las relaciones entre particulares (relaciones de justicia conmutativa). Por ejemplo, nuestras economías conocen con frecuencia la tasación legal de precios, la legislación de arrendamientos regula los derechos y deberes de arrendadores y arrendatarios, etc.[38].

Lo que hemos dicho de las leyes dictadas por la comunidad política es igualmente válido para las prescripciones de carácter normativo, cuya fuente es la autonomía privada, como los convenios colectivos, los estatutos, los contratos y los restantes negocios jurídicos. También estas normas de la autonomía privada regulan lo justo y su interpretación es parte del arte del jurista.

§ 2. La norma jurídica.

Según lo que acabamos de ver, lo justo tiene una regla; y esta regla recibe el nombre de *regla de derecho* o *norma jurídica.*

38. Medida de lo justo, regla del derecho y del deber, así se presenta la ley ante el jurista y ésta es la perspectiva con que el arte del derecho

Desde el punto de vista del arte del derecho o arte de lo justo, es claro que no cabe confundir la norma con el derecho. Aunque la norma recibe el nombre de derecho, la norma no es el derecho, sino su regla. La norma es la *regla de derecho,* siendo el derecho, como tantas veces hemos dicho, la cosa justa. La norma recibe, pues, el nombre de derecho (derecho objetivo) por atribución analógica, es decir, por traslación del lenguaje.

Porque es regla de derecho —y en cuanto lo es— la norma es *jurídica.* Jurídico, en efecto, es el adjetivo que indica lo que es propio del *ius,* de lo justo. Por eso el carácter distintivo de la norma jurídica es la justicia, esto es, que se trata de la norma de las conductas justas. Donde no hay relación de justicia —legal, distributiva o conmutativa—, no hay norma jurídica, esto es, no hay norma que sea objeto del arte de lo justo, aunque puede tratarse de una norma de otra especie.

Modernamente las normas jurídicas han sido contempladas desde otros puntos de vista. Uno muy común hasta ahora ha sido el del *orden social:* de acuerdo con esto, las normas de las que estamos hablando se han entendido como ordenaciones de los comportamientos humanos hacia los fines de la sociedad, o como delimitación de esferas de libertad, o como resolución de los posibles conflictos de intereses, o como regulación y ordenación de las relaciones sociales, o como una «ingeniería social», etc. Sin duda estas afirmaciones contienen observa-

la estudia y la interpreta. El jurista mira la ley con ojos de justicia —no la «justicia ideal» o lo justo en sus sentidos analógicos o abusivos—, contribuyendo eficazmente a la instauración de una sociedad justa, en la cual cada uno tenga lo suyo. Claro que esto no es posible, sino sobre la base de dar ante todo al hombre lo que le corresponde por naturaleza, sus derechos o exigencias de justicia inherentes a la persona humana. Si los derechos naturales no están en la base de la tarea del jurista, ésta se convierte en dar a cada uno lo que marca la ley positiva, alejándose de la justicia para convertirse en gestoría de los dictados del poder o de los intereses individuales o de grupo.

El jurista no es un legista. Por eso, en caso de conflicto entre la ley y la justicia, el verdadero jurista se inclina por la justicia y no por la ley.

ciones verdaderas, aunque a nuestro juicio todas están resumidas en la primera: la ordenación de los comportamientos humanos a los fines de la sociedad humana. Pues, en definitiva, toda regulación de las relaciones sociales, toda resolución de conflictos, toda delimitación de libertades, ha de estar presidida, para ser correcta, por un criterio supremo, que son los fines superiores —por otro nombre el bien común— de la sociedad humana. En tal sentido, ninguna definición filosófica de ley nos parece más ajustada que la que dio Tomás de Aquino: la ley es una ordenación racional de las conductas humanas en función del bien común [39].

Sin embargo, esta perspectiva es una perspectiva propia de filosofía política, esto es, de una contemplación de la convivencia humana en función de su desenvolvimiento correcto (que es lo propio de la filosofía política). Pero no es la perspectiva jurídica (si por perspectiva jurídica entendemos la del arte del derecho, o sea la de lo justo), porque lo jurídico es lo propio del *ius* o *iustum;* la norma es jurídica en función del *ius* o derecho (en sentido realista). La perspectiva jurídica no es la del orden social, sino la del reparto de las cosas. Por consiguiente, la norma adquiere la connotación de jurídica por su relación con lo justo distributivo, conmutativo o legal. En este orden de cosas —por ejemplo— las leyes estatales pueden tener muy diversa índole: normas técnicas (v. gr. sobre construcción de aparatos), de organización, de fomento de una actividad, etc., pero todas ellas son jurídicas en cuanto, al marcar lo obligatorio en función del bien social, dan origen a un deber de justicia legal.

Dicho sintéticamente, reciben el nombre de *normas*

39. «Et sic quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata» *[De las cuatro conclusiones establecidas puede colegirse una definición de ley, la cual no es otra cosa que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad]. S. Th.*, I-II, q. 90, a. 4.

jurídicas aquellas normas que se refieren a conductas justas, esto es, a conductas que son debidas —obligatorias— porque constituyen un deber de justicia conmutativa, de justicia distributiva o de justicia legal; una norma es jurídica, cuando la conducta que prescribe constituye una deuda justa.

Por eso, una *teoría de la norma* que quiera ser completa no abarca solamente las normas dictadas por el poder social, sino también aquellas normas procedentes de la autonomía privada cuyas prescripciones constituyan deudas o deberes de estricta justicia.

Toda norma jurídica es una *prescripción obligatoria.* Prescribe conductas que constituyen un deber de justicia; por eso obliga, esto es, vincula al destinatario de la norma, encauzando su conducta. En cambio, podría ser menos exacto decir que es —en todos los casos— una prescripción *imperativa.* Ciertamente si los términos obligatorio e imperativo se toman como sinónimos, resulta indiferente hablar de prescripción imperativa o de prescripción obligatoria. Pero no resulta indiferente, si imperativo se toma en su sentido propio y estricto: como algo dimanante de un poder superior a los destinatarios de la norma *(imperium).* Enlazar esencialmente la norma jurídica con un poder superior, supondría que toda norma jurídica dimanaría de un poder superior y sólo de él, lo cual no es exacto. Toda regulación de conductas que origine una obligación de justicia de seguirla, esto es, que se imponga por un deber estrictamente justo, es norma jurídica. *Norma,* porque es regla de la conducta; y *jurídica* porque obliga con deber de justicia. Indudablemente son normas jurídicas las leyes que dimanan del poder público, pero pueden ser también normas jurídicas las reglas o cláusulas derivadas de los pactos internacionales, de los negocios jurídicos y del consentimiento del pueblo (la costumbre normativa). Lo que hace que una regla de conducta social sea norma jurídica es que obligue con deber de justicia, lo mismo si proviene de

un poder superior que si deriva de un pacto, o del consentimiento entre iguales [40].

Será, pues, norma jurídica toda regla de conducta cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social, como si proviene de la capacidad de compromiso de las personas, del consentimiento del pueblo o de la naturaleza humana.

§ 3. La regla natural de derecho.

Puesto que lo justo se divide en lo justo o derecho natural y lo justo o derecho positivo, las reglas respecti-

40. Ha sido muy común enlazar —con enlace necesario— la norma jurídica con el poder superior a sus destinatarios; la norma jurídica sería de suyo una emanación del poder social. Enlazar la norma con un poder superior es sin duda correcto según la perspectiva de la filosofía política, la cual contempla la sociedad desde el punto de vista del desenvolvimiento de la vida social en relación a los fines sociales, al bien común. Dirigir a los componentes de la sociedad hacia los fines sociales —en definitiva, establecer un orden en las relaciones sociales— corresponde a los órganos de poder social, los cuales gobiernan a través de normas o leyes; en tal sentido, las leyes son emanaciones del poder de gobierno. Pero esta perspectiva no es la propia del derecho, cuyo concepto clave no es el de orden, sino el de reparto de cosas, o sea el de *lo justo.* Por eso, la indicada perspectiva filosófico-política no da razón suficiente de una serie de fenómenos normativos de naturaleza jurídica. Cuando la filosofía jurídica ha adoptado —como ha ocurrido y ocurre tantas veces— la misma perspectiva que la filosofía política, se ha visto incapaz de explicar el fenómeno jurídico en su totalidad, cayendo en un reduccionismo —norma jurídica igual a ley del poder social— que deja sin clara explicación fenómenos normativos de indudable naturaleza jurídica (derecho internacional, negocios jurídicos normativos, convenios colectivos de trabajo, pactos entre el gobierno y los súbditos, etc.), porque engendran normas de verdadera y estricta justicia. No menos perturbador ha sido que la filosofía jurídica haya asumido la perspectiva filosófico-política en relación a la obligatoriedad de la norma jurídica, pues esta obligatoriedad se ha visto como fruto del mando, cuando, desde el punto de vista jurídico, la obligatoriedad de la norma jurídica es la propia del deber correlativo al derecho, a lo justo. Sin duda la norma obliga porque está mandada, pero, jurídicamente, lo mandado obliga

vas de derecho se dividen asimismo en naturales y positivas. Lo justo positivo procede de la voluntad humana y, en consecuencia, su regla tiene el mismo origen: la decisión humana. En cambio, lo justo natural tiene por regla los enunciados de la razón natural: la norma jurídica natural.

El conjunto de reglas de derecho procedentes de la razón natural es lo que se llama derecho natural en sentido objetivo, o simplemente —por traslación de lenguaje como hemos dicho— derecho natural[41]. Las reglas positivas de derecho reciben el nombre de derecho positivo en sentido objetivo, o abreviadamente derecho positivo. Volvemos, pues, a encontrarnos con la división entre *derecho natural* y *derecho positivo,* esta vez referida a las reglas de derecho.

El derecho natural —o conjunto de normas jurídicas naturales— está constituido por *prescripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia.* Estas prescripciones son parte de la llamada ley natural, tema que estudiaremos a continuación.

porque el poder de mando tiene, como una de sus funciones, determinar lo justo legal.

41. El derecho natural —en sentido objetivo— no es otra cosa que una clase o tipo de normas jurídicas. Hay, pues, que distinguir el derecho natural de otras cosas a las que, a veces, se les otorga —con innegable imprecisión— el título de derecho natural. En concreto, no son propiamente derecho natural: *a*) Los condicionamientos objetivos del derecho positivo, determinados por la naturaleza y la estructura de las cosas; las leyes positivas han de tener en cuenta la consistencia, las propiedades y las leyes que rigen las cosas objeto de regulación, pero esto no es cuestión de derecho natural, sino de acierto y sensatez legislativa, de leyes correctas o incorrectas. *b*) El momento racional o dimensión de racionalidad del derecho positivo; toda norma jurídica debe ser racional, de modo que una norma irracional deja de ser obligatoria en la medida en la que sea irracional, mas esto es una propiedad de la norma positiva, no derecho natural. Cuanto acabamos de señalar constituye el conjunto de propiedades y requisitos de las normas positivas, no una clase o tipo de normas jurídicas, que es aquello en lo que consiste el derecho natural.

VI. LA LEY NATURAL

Las normas jurídicas naturales, como acabamos de decir, son un sector o parte de la normatividad natural de la vida humana —tanto en su aspecto individual como en su vertiente social—, que recibe el nombre de *ley natural;* por eso corresponde dar aquí noticia de esa ley. El estudio pormenorizado de la ley natural, sin embargo, no corresponde a la ciencia del derecho natural, sino a la filosofía moral; por eso, aquí solamente haremos una breve exposición de la ley natural en la medida en que lo consideramos necesario para el estudio del derecho natural.

§ 1. PRESUPUESTOS.

El punto de partida para comprender la ley natural reside en advertir que no se trata de una teoría, sino de un hecho. Lo que llamamos ley natural no es una doctrina, sino un hecho de experiencia. Por lo tanto, la llamada teoría o doctrina de la ley natural no es otra cosa que la explicación científica de ese hecho de experiencia, que es un dato natural del hombre.

El hecho de experiencia al que nos referimos es que, en relación a la conducta humana, nuestra razón —la de todos los hombres de todas las épocas— no muestra una indiferencia universal —no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre pueda físicamente reali-

zar—, sino que, con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad, emite juicios de obligación: debe hacerse esto, debe evitarse aquello. Y en conexión con estos juicios deónticos emite también juicios estimativos o de valoración: está bien tal acto, está mal haber hecho tal cosa. Estos juicios giran en torno a dos nociones, una contraria a la otra, que son las de *bien* y de *mal*. El bien o lo bueno es lo que *debe hacerse;* el mal o lo malo es lo que *debe evitarse*. En el ámbito de la conducta humana, nuestra razón capta cosas que deben hacerse —y a eso lo llamamos bien— y cosas que deben evitarse —a lo cual llamamos mal—, de modo que a lo hecho porque debe hacerse lo valoramos como bueno, y a lo hecho debiendo evitarse lo valoramos como malo.

Junto a lo que debe hacerse o debe omitirse, hay también juicios permisivos: *esto puede hacerse* (es lícito hacerlo), *esto puede omitirse* (es lícito no hacerlo). Por comodidad en la exposición, nos limitamos a los juicios antes expuestos, sin hacer especial mención de éstos.

No hace falta aclarar que *bien* y *mal* no tienen en este tipo de juicios y valoraciones un sentido *técnico*. Un crimen o un delito técnicamente muy bien hechos, siguen siendo un mal. Bien y mal se refieren a lo que llamamos ámbito ético o moral, es decir, a la conducta humana en cuanto está o no de acuerdo con lo que es el hombre, con su ser y con sus fines.

Debe notarse que los juicios deónticos de los que estamos hablando no constituyen la decisión de obrar, ni tampoco la conclusión a la que el sujeto llega en orden a lo que en cada momento va a hacer. Cuando un sujeto decide en una situación concreta lo que va a hacer, sin duda juzga que su conducta —por las razones que sean— es la que le conviene. Pero unas veces decidirá obrar conforme a los juicios deónticos señalados, y otras veces decidirá en oposición a ellos. Esta observación elemental nos señala que los juicios deónticos de los que hablamos son antecedentes a la decisión de obrar y no se confunden con el juicio personal del sujeto que le lleva a tomar esa decisión. La experiencia muestra que tales juicios

deónticos aparecen de suyo como norma objetiva del obrar, inconfundible con la norma subjetiva, esto es, con el juicio particular del sujeto sobre lo que ha decidido hacer. Ante un bien ajeno, el juicio deóntico dice: «no robarás»; un sujeto particular puede decidir no seguir esta norma y apoderarse del bien ajeno: su juicio particular «me interesa robar» y su decisión «voy a robar», son las normas y la decisión subjetivas.

En otras palabras, los juicios deónticos aparecen como una *ley del obrar*, como norma vinculante de conducta, que puede obedecerse o quebrantarse. Y como ley objetiva, distinta de las elecciones, preferencias e intereses del sujeto. Los juicios deónticos de razón, con carácter de norma vinculante o ley, que todo hombre observa en sí, con independencia de lo establecido por la sociedad, es lo que se denomina *ley natural*.

§ 2. Existencia de la ley natural.

Esta ley es natural, porque no procede de factores culturales, sino de la estructura psicológico-moral del ser humano. Es una operación *natural* de nuestra inteligencia. La experiencia personal de cada uno muestra que así es; de lo contrario, si no fuese una operación natural, si no hubiese naturalmente en nuestra razón esta estructura mental que lleva a esos juicios deónticos, no existiría la disociación entre lo que comprendemos que debe hacerse y no queremos hacer, o que debe evitarse y queremos hacer, porque la razón se limitaría a enunciar lo único que captaría, que sería la preferencia de nuestra voluntad. ¿Cómo iba a producir la razón el juicio «debe hacerse A», que no es lo que prefiere la voluntad del sujeto, si no existiese ninguna exigencia objetiva? Tal juicio no existiría y, en caso de existir, sería una enfermedad mental. El hombre normal sería amoral y se

limitaría a juicios «técnicos» de conveniencia, interés y utilidad.

Quizás podría pensarse —se ha pensado y se ha dicho— que los juicios deónticos naturales —la ley natural— son un producto cultural, un fenómeno psicológico creado por la sociedad. Pero esto es rigurosamente imposible, pues todo hecho cultural descansa necesariamente en un dato natural. Si el hombre naturalmente no fuese moral, si su razón no tuviese naturalmente la estructura psicológica en cuya virtud entiende que hay cosas moralmente buenas y moralmente malas (cosas que *deben* hacerse y cosas que *deben* evitarse), jamás la cultura hubiese podido producir tal estructura, ya que esto significaría una mutación ontológica, que de ninguna manera está al alcance de la cultura. A lo único que puede dar lugar la cultura —la influencia social— es a la captación de lo sociológicamente *normal* y de lo sociológicamente *anormal,* y en consecuencia al juicio de conveniencia de adaptarse a lo normal. Pero, en ningún caso, puede dar lugar a la noción de que *debe* hacerse algo. La conciencia del deber obedece necesariamente a una estructura natural de la razón práctica. Por lo demás, es claro que si los juicios deónticos obedecen a una estructura natural de la razón práctica y hay un núcleo fundamental de tales juicios que son independientes de la sociedad —lo cual es evidente—, existe una *ley natural.*

§ 3. La base de la ley natural: los fines del hombre.

Si nuestra razón emite juicios deónticos naturales, si dicta la ley natural, ello es debido a que hay algo que, en relación a la naturaleza humana, debe hacerse y algo que —por ser contrario a lo que debe hacerse— debe evitarse.

¿Por qué el punto de referencia de lo que debe ha-

cerse y, consecuentemente, de lo que debe evitarse es la naturaleza humana? En primer lugar, ese punto de referencia no puede ser nada exterior al hombre mismo, porque los juicios que origina lo exterior al hombre son juicios técnicos o de conveniencia: «no debo golpear fuertemente esta mesa porque se rompería» es un juicio técnico; o bien, «no debo mentir, porque me expulsarían del club», es un juicio de conveniencia. En cambio, «no debo mentir porque lo propio del hombre es decir la verdad» es un juicio deóntico de ley natural.

En segundo lugar, supuesto que el punto de referencia indicado es el hombre mismo, aquello que en el hombre es capaz de constituirse en regla o medida de su obrar es la estructura fundamental de su ser —aquello por lo cual es precisamente hombre: su esencia— en cuanto que el obrar es la expresión de su dinamismo (la esencia como principio de operación en términos aristotélicos). Pues bien, esa estructura fundamental en cuanto dinámica es lo que llamamos la naturaleza humana. La naturaleza humana proporciona la regla fundamental del obrar humano, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal.

Como la ley natural es ley del obrar del hombre, hay en ella una esencial referencia a la dinamicidad natural de la persona humana. Ahora bien, la dinamicidad natural del hombre no es un impulso y movimiento sin sentido —en tal caso sería el reino del absurdo—, sino una ordenación a los fines naturales del hombre. Su sentido son los fines, los cuales comportan la realización o perfección del hombre y, en el ámbito social, el progreso humanizador de la sociedad. Los fines constituyen el sentido y la plenitud de la vida humana, individual y social. ¿Por qué? Porque no son otra cosa que la correcta expansión del ser humano según aquello que la naturaleza humana contiene como plenitud posible.

Pues bien, en relación con este dinamismo finalista del hombre —que abarca tanto al individuo humano como a la sociedad— se habla de *ley natural*. Por ley natu-

ral se entiende, en propiedad de lenguaje, el conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden a los fines del hombre.

La ley natural no es, pues, un conjunto de prescripciones de la razón, sin referencia a la naturaleza humana. Por el contrario, la ley natural manifiesta en forma de deber las exigencias naturales del ser del hombre, que se resumen, en definitiva, en la obtención de sus fines naturales, esto es, la realización del individuo y el desarrollo humano de la sociedad.

Esto tiene una clara consecuencia: el quebrantamiento de la ley natural no es ontológicamente indiferente; conlleva consigo una lesión a la persona humana y, en su caso, a la sociedad. Hay un cierto paralelismo —en este aspecto— entre las leyes físicas y la ley natural. El quebrantamiento de las leyes físicas produce lesiones, enfermedades y aún la misma muerte. El quebrantamiento de la ley natural degrada al hombre que la quebranta y, respecto de los aspectos sociales de esa ley, produce perturbación y deshumanización en la vida social. Un hombre y una sociedad que vivan de espaldas a determinados preceptos de la ley natural, se degradan en la misma proporción. En lo que a nosotros interesa, esto es especialmente importante en la vida social: no seguir la ley natural es introducir automáticamente un real factor de perturbación social. El fraude y el engaño provocan la desintegración social, el divorcio debilita la familia, el permisivismo engendra una espiral de violencia, la injusticia es fuente de pobreza y marginación, etc. Son efectos reales, bien conocidos por la experiencia y estadísticamente comprobables.

§ 4. Definición descriptiva de la ley natural.

Según lo dicho podemos describir la ley natural como *el conjunto de leyes racionales que expresan el orden*

de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona.

Las tendencias o inclinaciones naturales son parte de la estructura del ser humano; en concreto, son el momento dinámico de esa estructura. Representan, pues, el momento dinámico de la estructura fundamental o esencia del hombre, esto es, de la naturaleza humana; por eso son naturales. Lo que tiene relación con la ley natural no son las pasiones y los diversos movimientos espontáneos que son detectables empíricamente, sino sólo aquellas inclinaciones que representan tendencias a los fines del hombre; sólo la tendencia *finalista* —la que se orienta a los fines— dice relación a la ley natural.

§ 5. Contenido de la ley natural.

El conjunto de inclinaciones naturales cuyas reglas racionales forman la ley natural pueden resumirse —sin señalar un orden de importancia— así: *a*) la inclinación o tendencia a la conservación del ser —vida e integridad física y moral—, frecuentemente llamada instinto de conservación; *b*) la inclinación a la unión conyugal de varón y mujer, formando ambos la comunidad primaria de la especie humana, ordenada a la generación y educación de los hijos: *c*) la inclinación a la relación con Dios, como manifestación de la *creaturidad*, dimensión constitutiva del ser del hombre; *d*) la tendencia al trabajo, como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto al mundo circundante, y en conexión con ella la tendencia al descanso y a la actividad lúdica; *e*) la inclinación a la sociedad política y a las varias formas de asociación, que proviene de la índole social del hombre; *f*) la tendencia a la comunicación, expresión también de la socialidad humana; y *g*) la in-

clinación al conocimiento y a las diversas formas de cultura y arte.

Junto a estas tendencias, cabe señalar unas *líneas de fuerza* o leyes básicas de desenvolvimiento de dichas tendencias: *a*) la ley de la solidaridad entre los hombres, en cuya virtud cada hombre y cada colectividad es corresponsable de los demás en la obtención de sus fines; *b*) la ley de la perfección y desarrollo: cada hombre en particular y la sociedad humana en su conjunto están llamados a un continuo perfeccionamiento, tanto material, como moral y espiritual.

§ 6. La obligatoriedad de la ley natural.

1. Tal como insinuábamos anteriormente, no hay que confundir sin más las inclinaciones naturales con la ley natural. Esta, la ley natural, es la *regla racional* de esas inclinaciones, no las inclinaciones mismas: es una prescripción de la razón, un precepto racional.

Sin embargo, hay una evidente relación entre la inclinación natural y la regla racional. Si bien la regla de razón es cosa distinta de la inclinación, pues consiste, no en un impulso o tendencia, sino en una regla o medida de conducta, ambas se conectan en la *obligación* o *deber moral:* la regla de razón —además de señalar los medios para alcanzar el fin al que impulsa la inclinación— *prescribe* —«debe hacerse»— mediante enunciados deónticos aquello a lo que tiende la inclinación, es decir, la obtención de la finalidad. Parafraseando a un antiguo canonista —Tomás Sánchez— podríamos decir que «la ley natural convierte en obligación la inclinación natural».

Ciertamente el tipo y la intensidad de obligación no es igual respecto de todas las tendencias señaladas, ni en todas las situaciones, pero es claro que la regla racional es *ley* —ley natural— porque contiene una prescripción,

un enunciado obligatorio. Ahora bien, la obligación —el deber— no existiría —la razón no presentaría como ley a la regla— si no fuese obligatorio y vinculante el fin. Si el fin representa una realización o plenitud del hombre, y si el fin se nos presenta como un deber, resulta que la realización del hombre es un *deber-ser*. Un deber-ser que no es un juicio lógico al modo kelseniano, sino una exigencia del ser. La ley natural o prescripción de la razón es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber. Sin duda la ley natural es un acto de imperio de la razón, pero la razón impera porque capta la exigencia ontológica, que es la obligatoriedad del fin.

2. Esto es piedra de escándalo para ciertas corrientes positivistas —en especial la filosofía analítica [42]— que ven ahí lo que llaman la *naturalistic fallacy*, la falacia naturalista, porque entienden que de un *hecho* —la tendencia o inclinación— no puede pasarse a un enunciado deóntico: si es *es*, ya no es *debe ser*, del *es* no cabe tránsito al *debe ser*, pues en buena lógica el *debe ser* es anterior al *es*.

En realidad esta crítica sólo es válida para aquella corriente doctrinal —Hobbes, Spinoza, etc.— según la cual es derecho natural el ámbito del poder físico del hombre; efectivamente en estos autores hay un paso ilógico de un anterior *es* a un posterior *puede* o *debe ser*. Y, desde otro punto de vista, de que el hombre tenga un poder determinado no se deduce que tenga derecho a hacerlo y, mucho menos, que deba hacerlo. Pero la crítica de los analíticos carece de validez referida a la finalidad humana, porque el deber no es la inclinación sino el fin; y el fin, en tanto no está conseguido y consecuentemente de él decimos que debe ser, *aún no es*. Porque aún no es, debe ser. La ley natural no expresa como de-

42. Sobre esta corriente filosófica, vide M. SANTOS CAMACHO, *Etica y filosofía analítica* (Pamplona 1975).

ber-ser lo que ya es, sino lo que todavía no es. No hay, pues, tránsito de lo que es a lo que debe ser, sino al contrario.

3. En cambio, cabe preguntarse por qué el fin debe ser, por qué la realización del hombre —sus fines— es un deber-ser. Dicho de otro modo, ¿dónde reside la obligatoriedad de la ley natural? La respuesta a este interrogante es la misma que ha ido apareciendo en otras preguntas similares: los fines naturales del hombre, en cuanto representan su realización o plenitud, son deberes porque el hombre es persona.

Decíamos antes que persona es el ser que domina su propio ser; este rasgo es consecuencia, notábamos también, de la intensidad de ser. Ahora bien, lo que hace que un ser sea es el acto de ser, lo cual pone de manifiesto que la persona participa muy intensamente del acto de ser. Y esto tiene dos vertientes.

Por un lado, la persona tiene un acto de ser tan intenso que *es* en un acto de ser único, irrepetible y permanente. Cada persona es un ser único e irrepetible: un coche puede cambiarse, un perro puede ser sustituido por otro, un hijo no. El más ignorado y vulgar de los hombres es un ser único en la historia, irrepetible e irreemplazable. Pero a la vez la persona es un ser permanente, porque su acto de ser es tan poderoso que, en su radicalidad, ni cambia ni se transforma: esa permanencia se manifiesta en el *yo* personal, inmutable pese a la historicidad que es dimensión del hombre.

Se comprende así la importancia capital que, respecto de la persona humana, tiene el hablar de naturaleza; y de una naturaleza que, si bien tiene una dimensión histórica, de ningún modo es pura historia. La concepción del hombre como pura historia —«no hay naturaleza humana», «el hombre no es naturaleza sino historia», según frases conocidas— lo *despersonaliza,* hiere en lo más hondo a su condición de persona, porque la persona designa un acto de ser único, irrepetible y permanente, un *yo* que escapa a la historicidad. Ser un flujo histórico,

un continuo hacerse —como el río cuya agua nunca es la misma— es la mínima expresión del ser, precisamente lo más opuesto a la persona.

La otra vertiente es que el ser personal *exige ser*. También esto es consecuencia de la intensidad del acto de ser, pero necesita ser convenientemente precisado y matizado. La persona es la expresión más alta y más pura del ser. En el Ser, o sea en el Ser Subsistente, todo es acto puro; en él la exigencia de ser es tan intensa que ni siquiera es exigencia; toda capacidad de ser en El es, ya no es capacidad sino acto puro. La persona humana —en cambio— es participación finita del ser y en ella no puede hablarse de exigencia de ser en el sentido de venir a la existencia; como sea que tiene comienzo, antes de ser no exige ser, pues nada es. Tampoco reclama la ausencia de muerte, pues es un ser finito. En cambio, en ella la intensidad del acto de ser reclama el acto de ser según su modalidad de ser, esto es, un ser perfectible. El ser personal reclama su perfección (su realización), la cual de este modo, cuando aún no es, exige ser: el fin del hombre —y análogamente el de la sociedad de personas humanas— es un deber-ser, en virtud del mismo estatuto ontológico de la persona.

4. Aclarando y al mismo tiempo remachando lo que acabamos de decir, debemos recordar que el hombre, como ser finito, es un ser histórico, sumido en el tiempo, que, a la vez que tiene un núcleo permanente en virtud de la intensidad de su acto de ser —el yo—, sin embargo, porque es finito, se va haciendo, en parte, sucesivamente.

La finitud se revela en que el hombre no es totalmente en acto puro, sino que es un ser cuya plenitud o realización por la obtención de sus fines se va haciendo, que *tiende* a la plenitud de ser, que tiende a su realización perfectiva. El hombre se mueve entre dos polos: *ya es* y a la vez *aún no es* totalmente en su plenitud de ser. Este parcial *aún no* se manifiesta en las tendencias e inclinaciones naturales a obtener unos fines, cuya consecución constituye su realización o plenitud de ser. Pero

el ser del hombre llama a su plenitud de ser. La realización o plenitud de ser no es una mera posibilidad, es una llamada del ser, porque el ser inicial reclama la realización perfectiva, como algo que está contenido potencialmente en él y que le corresponde por su misma condición de ser personal, pues la persona reclama —en el limitado ámbito señalado— el acto de ser. En el ser mismo del hombre está su plenitud de ser como *deber-ser.* El ser personal del hombre se presenta como *exigente.* Como exigente ante sí mismo (deber-ser de orden moral) y como exigente ante los demás (deber-ser de orden jurídico). El imperativo racional representa la captación de una exigencia ontológica.

El ser del hombre es exigente —insistimos— porque reclama su realización perfectiva, su finalidad. El ser del hombre es exigente, sí, pero lo es siendo un ser finalista, esto es, un ser que tiende a su perfección, que es el fin. El fin está en el ser, como principio constitutivo suyo, en forma de ordenación al fin. Y es esta constitución finalista lo que hace al ser del hombre exigente, ya que si a nada tendiese por naturaleza, nada exigiría su ser por naturaleza, fuera de la integridad de ser, pues al no haber plenitud de ser a la que tender, ningún deber-ser existiría. Concebir al hombre como completo en sí, sin ordenación finalista, equivale a destruir toda exigencia natural del hombre, para sustituir la exigencia por el poder de hecho, por la prepotencia. Es la sustitución de la ley y el derecho por los poderes fácticos, que es lo que en el fondo hace —entre otras corrientes— el positivismo y —con otra modulación— la filosofía de inspiración kantiana. El derecho, de exigencia natural, se transforma en poder (es lo que ocurre con Hobbes y Spinoza, y es lo que hay de trasfondo en la teoría liberal de los derechos subjetivos).

De ahí también la cuestión que plantea la *dignidad del hombre*. La dignidad es excelencia, eminencia. Por eso cuando hablamos de la dignidad de la persona humana nos

referimos a una excelencia o eminencia de su ser. En efecto, el ser de la persona es entitativamente superior al resto de los seres del Universo creado: pertenece a un orden superior del ser, el de los entes corpóreo-espirituales. Esta dignidad, por ser entitativa, la tiene la persona en cuanto tal persona, en cuanto y en tanto es y existe. Pero la dignidad, por ser excelencia es exigente, contiene un deber-ser, porque, como hemos dicho, la persona humana es un ser finalista, que tiende a la perfección, la cual consiste en alcanzar y realizar sus fines naturales. La dignidad de la persona humana tiene relación con los fines a los que está llamada: los fines son el deber-ser inherente a la dignidad humana. De ahí que si se realiza fuera del orden de los fines naturales la conducta no sea digna, no hay en ella dignidad, sino indignidad y, por eso, fuera del orden de los fines —y sólo en tanto que se está fuera del orden de los fines— no se tienen los derechos que dimanan de la dignidad humana. El que roba, en el acto del robo y en cuanto robando —y sólo en cuanto robando—, no es digno sino indigno, y por eso el acto del robo no engendra el derecho al respeto a esa actividad, sino que clama por la coacción. El desorden moral y social —la actuación fuera de los fines naturales— no está amparado por la dignidad humana, ni engendra derecho.

También puede advertirse de lo dicho cuál sea la naturaleza y el sentido de la ley natural. La ley natural es ley del ser mismo del hombre, expresión de un ser finalista, de la ordenación del hombre a sus fines. De ahí que el cumplimiento de la ley natural conduzca al hombre a su realización y su incumplimiento lo degrade. La ley natural es así la expresión primera y más auténtica de la dignidad humana. Como sea que la ley natural es la expresión del ser finalista, es la expresión primera de la dignidad humana, la cual, antes que derecho, es ley. Ley para el hombre respecto de sí mismo y ley para los demás en su relación con él. Los derechos que dimanan de la dignidad humana nos aparecen, así, como función de la ley natural, existen en función de ella, que es tanto

como decir que existen en función de los fines del hombre. El derecho natural primario y fundamental del hombre es su ser finalista; su ser, sí, pero un ser ordenado a sus fines, de donde puede decirse que el derecho natural fundamental de la persona humana es su fin, lo que es tanto como decir que ese derecho primario y fundamental es cumplir la ley natural. Fuera del cumplimiento de la ley natural no hay derecho.

§ 7. Captación de la ley natural.

1. Las prescripciones o preceptos de la ley natural corresponden —decíamos— a exigencias de la naturaleza humana. La razón capta esas exigencias y las presenta como *prescripciones* o *enunciados obligatorios*, o sea, en forma de ley. Siendo esto así, es fácil comprender que la captación o conocimiento de la ley natural se funda en la siguiente regla: *la ley natural se capta, conociendo la naturaleza humana*; o desde otro punto de vista, se conoce la ley natural captando el estatuto ontológico del ser humano y sus fines naturales.

Se comprende así que los modos de captar la ley natural no son el raciocinio y la argumentación —como pretendía el iusnaturalismo moderno, especialmente el racionalista, y como en parte sostuvo Suárez y con él algunos neotomistas modernos— sino el conocimiento por evidencia, según mantuvo la doctrina clásica desde Guillermo de Auxerre hasta Santo Tomás de Aquino y sus posteriores seguidores. La razón transforma en precepto —dijimos antes— la inclinación natural; su forma de operar es la de presentar como ley —prescripción obligatoria o enunciado deóntico— el deber-ser natural, las exigencias de la naturaleza humana. Se trata de una operación intelectual de conocimiento inmediato, no de un raciocinio, aunque no se excluye un raciocinio mínimo (si es A, luego B; el ser humano ya concebido es persona, luego tiene

derecho a la vida). De ahí que, para conocer la ley natural, no es camino acertado el de razonar desde unos preceptos para concluir con otros; el camino es profundizar en el conocimiento de la naturaleza humana y de sus fines, del que la razón deduce los preceptos de ley natural.

Para profundizar en este conocimiento cabe desde luego usar del raciocinio y de la argumentación, pero la línea de este raciocinio ha de situarse en la naturaleza humana, de manera que, a medida que ésta se va conociendo, van descubriéndose inmediatamente —haciéndose evidentes— los preceptos de ley natural. En este sentido, tenía razón Tomás de Aquino al afirmar que los preceptos de ley natural son de suyo evidentes (*per se nota*).

2. Claro que esto no significa que todos los hombres conozcan —y menos que les resulten evidentes— todos los preceptos de ley natural. El conocimiento de la ley natural sigue al conocimiento de la naturaleza humana. Todos los hombres tienen un conocimiento suficiente de la naturaleza humana y, en consecuencia, conocen los preceptos básicos de la ley natural. Pero no todos conocen en toda su profundidad la naturaleza humana; respecto de ella caben —fuera de un núcleo fundamental conocido por connaturalidad y en consecuencia libre de error— el conocimiento insuficiente y el error. Por lo tanto, es posible, y un hecho de cotidiana experiencia, que haya hombres —y aún culturas enteras— que tengan errores y lagunas en el conocimiento de aquellos preceptos de ley natural que sobrepasan los más básicos. Como decía Santo Tomás, los preceptos de ley natural son evidentes por sí mismos, de suyo, pero de hecho no todos los preceptos resultan evidentes a todos.

El dato fundamental en esta cuestión es la dependencia de la captación de la ley natural con respecto al conocimiento de la naturaleza humana. Por eso, cuando un medio social —como ocurre frecuentemente en nuestros días— está plagado de ideas confusas y erróneas sobre el hombre y sus fines, los errores sobre la ley natural aparecen en cadena. Por eso también, se puede llevar al hom-

bre a actuaciones llamativamente contrarias a la ley natural o a no captar el grave quebranto que unas conductas suponen a la dignidad humana mediante la manipulación ideológica. V. gr. cuando al terrorista se le presenta como el defensor de una clase oprimida, es fácil encontrar quienes no capten que su actuar es un asesinato criminal. Si del matrimonio se da una noción equivocada —unión de amor sensual, comunión en el placer, contrato civil, etc.— lógicamente no se comprenderá la indisolubilidad como nota esencial suya, e incluso puede llegar a hacerse difícil comprender la heterosexualidad. Un hombre y una sociedad manipulados son un hombre y una sociedad que no comprenden la ley natural.

Es este un hecho conocido desde la antigüedad. Ya Cicerón lo ponía de relieve, añadiendo otra causa no menos importante: la ceguera mental que sigue al quebrantamiento de la ley natural, lo que los medievales llamaban el embotamiento de la mente.

3. La facilidad del conocimiento de los distintos niveles de la ley natural está en proporción inversa a la especificidad de la naturaleza humana: cuanto más responde a lo específicamente humano una regla de ley natural, mayor penetración intelectual se requiere y más fácilmente cabe el error. Esto no debe extrañar, por lo siguiente. Las inclinaciones naturales tienen una vertiente somática y física tanto más intensa cuanto menos específicamente humana es una inclinación. Lo específico del hombre reside en la racionalidad y, por consiguiente, cuanto más tiene de específico humano una inclinación natural menos reside en el cuerpo. La consecuencia de esto es clara: lo más primario de la inclinación natural tiene un reflejo en la parte somática, en forma de instintos, los cuales son tanto más fácilmente cognoscibles, cuanto más fuertes son. Estos instintos son tendencias corporales permanentes e incambiables por responder a leyes biológicas. En cambio, lo más específicamente humano de esas tendencias reside en la razón y en la voluntad, que son potencias deformables por el error, la mani-

pulación y el vicio. Por consiguiente, mientras lo más primario de las tendencias humanas es fácilmente cognoscible por todos, lo más específicamente humano está sometido al error y su perfecto conocimiento exige una mayor sabiduría práctica y una mayor nobleza moral.

4. Lo que hemos visto respecto del conocimiento de la ley natural pone de relieve dos cosas, que a veces pueden pasar inadvertidas. En primer lugar, la insuficiencia de la razón particular de cada hombre para conocer en su integridad la ley natural, pues el conocimiento de la naturaleza humana, del que depende el conocimiento de la ley natural, no está exento de error y, a mayores niveles de profundidad, exige mayor penetración y estudio; por lo tanto, si es cierto que todo hombre conoce suficientemente los preceptos naturales más elementales y necesarios, no sólo caben, sino que son necesarias ciencias específicamente dedicadas a su estudio, como la filosofía moral y —en un aspecto específico: lo jurídico de la ley natural— la ciencia del derecho natural. El conocimiento pleno y riguroso de la ley natural se obtiene en el seno de la comunidad humana por la comunicación de conocimientos (el consejo, la comunicación científica); en último término, la ley natural es ley, porque no es simple norma particular de cada individuo, sino *ley de la especie humana,* en cuyo seno se obtiene con integridad su conocimiento.

En segundo lugar, la ley natural, al ser ley de la especie humana y no sólo ley del individuo, es ley de la sociedad, que debe asumir los aspectos sociales de esa ley y, en todo caso, crear las condiciones objetivas necesarias para su cumplimiento.

§ 8. Estructura de la ley natural.

La ley natural es un conjunto de preceptos de la razón; constituye una operación de la razón. Pues bien,

¿cómo opera la razón para establecer los distintos preceptos de la ley natural?

1. La razón nos aparece con una estructura operativa, determinada por su ordenación esencial a la verdad. En el ámbito de la operación, además, la voluntad, como potencia apetitiva, está también determinada al objeto natural de la acción, que es lo que llamamos bien. El bien, objeto natural de la acción, constituye *lo que hay que hacer*, o sea, la verdad práctica. En consecuencia, la razón práctica opera fundamentalmente a partir de un juicio básico: «hay que hacer el bien»; y de su contrario «hay que evitar el mal».

Estos juicios básicos no son *preceptos* de ley natural, sino los primeros *principios*, es decir, aquellos dos enunciados que son resultado inmediato de la estructura operativa de la razón práctica, de modo que todos los preceptos de ley natural responden en su estructura a esos juicios: v. gr. supuesto que el trabajo es un bien (un fin natural del hombre), aparecen los preceptos «hay que trabajar» (*hay que hacer el bien*) y «hay que evitar la pereza» (*hay que evitar el mal*).

Los preceptos de ley natural van surgiendo a medida que los primeros principios de la razón práctica se aplican a los distintos bienes que el hombre debe obrar. Cuáles sean esos bienes ya lo hemos indicado: los fines naturales del hombre, teniendo razón de mal que hay que evitar lo que es contrario a esos fines.

2. Del primer principio «hay que hacer el bien» se ha dicho por algunos filósofos, que es un principio formal vacío de contenido. Naturalmente los que han dicho esto son kantianos o neokantianos, quienes al interpretar los principios y preceptos de razón natural como principios *a priori* no encuentran al primer principio de ley natural ningún contenido. Esta afirmación de raíz kantiana es insostenible.

En primer lugar, el primer principio no es *a priori* sino *a posteriori*. No se trata de un principio innato, por la

sencilla razón de que no existen ideas, conceptos ni principios racionales innatos. Lo innato en la razón práctica es la ordenación a la verdad práctica que es el bien. La razón, al conocer el ser, lo conoce como bien, y de este conocimiento surge por evidencia inmediata e infalible el primer principio práctico «hay que hacer el bien». Por lo tanto, este primer principio no es *a priori* sino a *posteriori.*

En segundo lugar, este primer principio contiene en sí todos los posibles preceptos de derecho natural, que, como hemos visto, son la concreción de él. Por lo tanto, lejos de estar vacío de contenido, contiene en sí todos los preceptos positivos de la ley natural, al igual que el primer principio «hay que evitar el mal» contiene todos los preceptos negativos.

3. Es claro por lo dicho que en la ley natural hay que distinguir entre *principios* (los dos enunciados) y *preceptos.* Los principios constituyen el fundamento de todos los juicios deónticos —de ley natural—, al representar los principios básicos de la verdad práctica; en cambio, los preceptos son las prescripciones concretas de la ley natural, o sea, el conjunto de reglas de ley natural.

4. Una última observación. A veces se ha dicho que los preceptos de la ley natural son *abstractos.* La ley natural —y con ella el derecho natural— sería un conjunto de principios de carácter abstracto, que señalarían las directrices generales de las leyes positivas. Frente a tal afirmación hay que decir que los preceptos de ley natural no son abstractos sino concretos. Lo abstracto —lo advertíamos al tratar de los derechos naturales— puede ser el modo científico o vulgar de enunciarlos, v. gr. «hay que respetar la vida ajena» o «debe pagarse un salario justo». Pero no hay que confundir los enunciados científicos —o los enunciados generales utilizados en el lenguaje vulgar— con los preceptos de ley natural. Las prescripciones de ley natural son enunciados por la razón práctica siempre en relación con la situación concreta, y se refie-

ren a las diversas circunstancias y momentos concretos y particulares. Que la razón práctica del sujeto A le dicte en el momento B y en la circunstancia C que debe ponerse a trabajar, eso es la ley natural. El enunciado genérico que un filósofo moral o un hombre cualquiera puede hacer del precepto «hay que trabajar» no es la ley natural, sino la forma genérica y abstracta de hablar de ella. Otro ejemplo: «el matrimonio es indisoluble» es una proposición abstracta, mediante la cual expresamos la ley natural, que en realidad es «este matrimonio es indisoluble», ley que se aplica a todo matrimonio. La ley natural es siempre un juicio deóntico que nace en relación con la situación concreta: es, pues, un conjunto de preceptos y prohibiciones singulares y concretos.

Otra cosa es que los hombres, en virtud de la abstracción con que formamos nuestros conocimientos e ideas, reduzcamos estos preceptos singulares y concretos a enunciados abstractos y generales. Pero no hay que confundir nuestro modo de pensar y exponer la ley natural con ella misma.

§ 9. Clases de preceptos de ley natural.

1. De los preceptos de ley natural puede hacerse una primera división, que se corresponde con similar división de los derechos naturales. Hay preceptos de ley natural *originarios* y hay preceptos *subsiguientes.* Los preceptos originarios son aquellos que nacen directamente de la naturaleza humana; en cambio, llamamos preceptos subsiguientes a aquellos que dicta la razón natural en relación a una situación creada por el hombre. Los mismos ejemplos que pusimos al estudiar igual división de los derechos naturales pueden servir para aclarar ésta.

2. Otra clasificación de los preceptos de ley natural es la que puede establecerse entre *preceptos necesarios* y

preceptos contingentes. Son preceptos necesarios los que enuncian mandatos y prohibiciones que están exigidos incondicionadamente por la naturaleza humana. Llamamos contingentes a aquellos preceptos que contienen permisiones y capacidades naturales que pueden ser reguladas por la ley positiva; v. gr. ocupación de bienes del subsuelo, requisitos de capacidad y de forma en los contratos, impedimentos para contraer matrimonio, etc.

Esta clasificación nace del hecho de que hay materias regulables por la ley positiva que, con anterioridad a esa ley, no permanecen en estado de anomía —sin ninguna regulación—, sino que tienen una regulación natural, la cual es modificable por la ley positiva. Supongamos el caso de los contratos. Toda palabra dada engendra de suyo, por derecho natural, una obligación. Sin embargo, esa facultad de compromiso está sometida a regulación por la ley positiva, la cual puede establecer requisitos para la validez y para la licitud. Si, por ejemplo, la enajenación de bienes inmobiliarios está sometida al requisito de la inscripción registral para su validez, es obvio que la ley positiva ha restringido la capacidad natural de obligarse mediante pacto, pues es claro que por derecho natural se puede enajenar un bien inmobiliario por el solo consentimiento. A este tipo de preceptos de ley natural les llamamos contingentes. Se refieren a poderes y libertades naturales, que están sometidas a regulación positiva.

§ 10. Universalidad de la ley natural.

1. La ley natural obedece a una estructura natural del ser humano. En primer lugar, obedece a los fines naturales del hombre, a aquellas inclinaciones o tendencias que proceden de la naturaleza humana. Por otra parte, sus enunciados responden a una estructura psicológica natural. Por lo tanto, la ley natural inhiere en todos los hombres y obliga a todos los hombres; es una ley univer-

sal en el espacio y en el tiempo. Para que la ley natural no fuese universal sería preciso que las inclinaciones o tendencias naturales variasen en el hombre, que variase su condición de persona (raíz del deber-ser) y que variasen los fines naturales o la estructura de la razón práctica. Pero esto es imposible, porque todo ello forma parte de la naturaleza humana que, por ser la estructura fundamental del ser humano —aquella que lo constituye como hombre— es invariable y universal, como ya dijimos.

Firme este principio debemos distinguir entre preceptos absolutamente universales y preceptos relativamente universales. Son absolutamente universales los preceptos originarios; en cambio, los preceptos subsiguientes sólo son relativamente universales. La razón de esto último es fácilmente inteligible: como los preceptos subsiguientes dependen de la situación histórica en razón de la cual existen, son los mismos supuesta la misma situación histórica, pero varían cambiada la situación histórica. Así, por ejemplo, hay una serie de preceptos de ley natural en relación a los trasplantes de órganos, los cuales ni existían antes de inventarse tal técnica, ni es descartable que ciertos aspectos de esos preceptos varíen, si varían sustancialmente las técnicas y posibilidades terapéuticas; si se encontrase una técnica que hiciese innecesarios los trasplantes de hombre vivo a hombre vivo, éstos dejarían de ser lícitos, y podría suceder que tal ilicitud surgiese en unos ámbitos muy desarrollados donde fuesen ya aplicables las técnicas sustitutorias de los trasplantes y éstos siguiesen siendo lícitos en otros ambientes todavía no dotados de esas nuevas técnicas.

Como sea que los preceptos subsiguientes derivan y dependen de los preceptos originarios, los cuales no varían, es claro que la variación de los preceptos subsiguientes no proviene de la variación del principio de ley natural (el precepto originario), sino del cambio de la realidad social, o sea de la mutación del supuesto de hecho.

2. Junto a la universalidad que acabamos de ver, que podemos denominar universalidad de derecho, hay otra

universalidad que podemos llamar de hecho. Por universalidad de hecho entendemos el conocimiento universal de la ley natural, esto es, el hecho de que la ley natural sea conocida por todos los hombres y en todas las épocas. Desde esta perspectiva, la ley natural es conocida universalmente respecto de los preceptos más básicos y fácilmente cognoscibles. Todos los hombres, de todos los pueblos y de todas las épocas, conocen ese núcleo de preceptos. Es más, todos los preceptos de ley natural son *universalmente cognoscibles*; pero es asimismo cierto, por las causas antes señaladas, que hay hombres —y aún pueblos enteros— que no han conocido o no conocen algunos preceptos de ley natural: el error, la ignorancia y las pasiones pueden oscurecer los preceptos naturales más específicamente racionales, según vimos en su momento.

§ 11. NATURALEZA HUMANA E HISTORICIDAD EN LOS PRECEPTOS DE LA LEY NATURAL.

Una característica básica de la ley natural es su derivación de la naturaleza humana, no de la dimensión histórica de la persona humana. En esto debe tenerse un criterio claro: la ley de la dimensión histórica es la ley positiva, la historicidad es el campo propio de la ley humana; en cambio, la ley natural es la ley de la naturaleza del hombre. De ahí surge una conclusión no menos clara, la naturaleza humana es, por definición, inmutable; luego la ley natural es inmutable.

Sin embargo, supuesto este principio, no hay que pensar tampoco que la historicidad no tenga ninguna influencia en la aplicación de la ley natural. Esta posible influencia la explicaremos a continuación.

Decíamos antes que no debemos confundir nuestros enunciados abstractos de la ley natural con los preceptos, concretos y singulares, de esa ley. Los preceptos de la ley

natural son dictados de la razón práctica en el caso particular; y los casos reales y concretos, particulares, no se dan fuera de la historia sino inmersos en ella. En relación con esto, puede suceder:

a) Que nuestros enunciados abstractos y generales no sean universales, esto es, que no abarquen todos los supuestos de hecho posibles, dando entonces lugar a una apariencia de mutación o cambio, que en realidad no se produce. Por ejemplo, existe el precepto «no te apoderarás de los bienes ajenos», pero también es cierto que en caso de extrema necesidad es lícito hacerlo; en extrema necesidad no hay ninguna mutación de la ley natural, simplemente nuestro enunciado del precepto no es universal y no abarca todos los casos posibles.

b) Que respecto de un caso determinado varíe el supuesto de hecho, es decir, las circunstancias del caso; entonces lo que ocurre es que una norma es sustituida por otra, no que la norma cambie; variado el caso, hay sustitución de la norma aplicable. V. gr. hasta que se descubrieron las técnicas anestésicas y antisépticas, la amputación de un miembro se consideraba —con razón dada su alta peligrosidad y el intensísimo dolor— un medio extraordinario para salvar la vida y, por tanto, era lícito al enfermo negarse a ella; modernamente —con la anestesia y los medios antisépticos— la amputación tiene caracteres de medio ordinario y sería ilícito negarse a ella, si por su medio se salvase la vida. No ha cambiado la norma, sino el supuesto de hecho. Sin embargo, la historicidad ha influido en la sustitución de la norma aplicable.

c) Que se trate de preceptos contingentes, cuya eficacia puede suspenderse por ley positiva según hemos visto; o de preceptos subsiguientes, los cuales dependen de la situación histórica, de modo que, variada la situación, varía el precepto.

§ 12. LEY NATURAL Y LIBERTAD.

La ley natural es una prescripción o regla de la razón, porque se refiere al actuar libre del hombre. Y es en este punto donde cabe plantearse una cuestión: ¿representa la ley natural una limitación de la libertad? ¿puede hablarse de una oposición entre ley natural y libertad? A veces así puede parecer y la experiencia psicológica de todo hombre da a veces la impresión de que así es, pues espontáneamente se querrían cosas que la ley natural prohíbe. Sin embargo, la verdad es que, no sólo no existe limitación de la libertad por parte de la ley natural, sino que ésta es una dimensión de la libertad.

Para calibrar en toda su exactitud la relación entre libertad y ley natural hay que partir de la afirmación con la que encabezábamos esta cuestión: la ley natural se refiere al actuar *libre* del hombre, a los actos humanos, cuya característica esencial es ser actos libres, *obra de la libertad*. Por lo tanto, no caben respuestas apresuradas, viendo en la ley natural una limitación de la libertad, porque si la ley natural es ley del acto libre, la libertad ha de desarrollarse plenamente y sin limitación, pues de lo contrario el acto dejaría de ser, al menos parcialmente, obra de la libertad.

Lo que ocurre es que frecuentemente caemos en el error de imaginar una libertad en el vacío, una libertad omnímoda y arbitraria, sin conexión con lo que es el ser libre, el cual, antes que libertad, es un ser, con una ontología determinada. Pensar una libertad en el vacío es un error, porque la libertad es dimensión de un ser, se asienta en un ser; en otras palabras, quien es libre es un ser, dotado de un estatuto ontológico concreto. De ahí que una libertad omnímoda y arbitraria sea una libertad irreal, imaginable pero imposible. Si la libertad es dimensión de un ser, la única libertad posible y real es aquella que es expresión del dinamismo del ser.

Hablar de *expresión del dinamismo del ser* supone, en el caso de la libertad, dos cosas. Primeramente, implica

que se trata de un ser que posee y domina el propio ser, de modo que la causa o principio del obrar no es una fuerza que imprime extrínsecamente y por necesidad el movimiento, sino que es un principio intrínseco y espontáneo, y además bajo el dominio del ser: el obrar libre es un automovimiento dominado por el ser. En segundo lugar, supone que el obrar es expansión, reflejo o, si se quiere, expresión del propio ser; todo ser obra según su ontología. Si además tenemos en cuenta que el obrar, como todo movimiento, procede de la naturaleza, la conclusión es clara: la libertad posible y real del hombre no es una libertad omnímoda, sino la expresión de la naturaleza humana, en cuanto que es principio de un automovimiento dominado por el hombre, tal como corresponde a su condición de persona.

Ninguna incompatibilidad existe entre ley natural y libertad. La ley natural es ley del acto libre y expresa la perfección de la libertad; es la expresión racional del orden de la naturaleza humana, de la que la libertad es automovimiento. Si se tiene en cuenta cuanto hemos dicho, se ve con claridad que la máxima libertad consiste en asumir conscientemente el propio ser, de donde aparece con no menor claridad, que la raíz de la verdadera libertad consiste en asumir consciente y espontáneamente la ley natural.

Parecidas reflexiones pueden hacerse con respecto a la autenticidad. Obrar con autenticidad, no es otra cosa que obrar de acuerdo con el propio ser. Como sea que la ley natural no es otra cosa que la expresión de una exigencia ontológica —exigencia del ser del hombre—, la autenticidad consiste en obrar conforme a la ley natural; separarse de ella entraña una inautenticidad.

§ 13. Ley natural y leyes humanas.

1. La ley natural es la expresión de las exigencias de la naturaleza humana en orden a los fines del hombre.

Pero la naturaleza humana no señala más que un orden fundamental, porque la tendencia a los fines del hombre está regida por el principio de libertad en la elección de los medios. La naturaleza marca el fin y con él la dirección fundamental de la conducta humana, su orden básico, sin sobrepasar esta medida. Como el hombre es un ser inteligente y libre, fuera del orden fundamental señalado, está dejado a su libre arbitrio y a su inventiva. Por eso el orden de los medios pertenece a su libre opción sin otros límites que los marcados por la ley natural.

No sólo el hombre individualmente considerado, sino también la sociedad humana se rige por la ley natural, que tiene una clara dimensión social: basta tener en cuenta que las que hemos llamado líneas de fuerza de la ley natural constituyen las leyes básicas de la sociedad humana y de su progreso; o que la sociedad tiene su origen en la tendencia natural a la asociación y, en su grado más alto, a la comunidad política. La sociedad surge en el hombre como resultado de su estructura natural —la persona humana está naturalmente relacionada con el otro— y de la contextura social de los fines naturales del hombre, los cuales, no en su totalidad, pero sí en notable medida, se obtienen por medio de la unión con los otros. Los fines del hombre tienen una indudable dimensión social. Consecuencia de esto es que la normatividad básica de la vida social está constituida por la ley natural, que es ley de la naturaleza y de sus fines. Siendo la sociedad un fenómeno natural tiene necesariamente, como ley fundamental suya, la ley natural. Lo cual no significa sino que el orden fundamental de la sociedad humana está determinado por las exigencias de la dignidad de la persona humana.

Más allá de este orden fundamental, las leyes que rigen la sociedad son producto de la opción libre y de la inventiva del hombre, en relación con los medios para obtener los fines de la sociedad, que no son otra cosa que la dimensión social de los fines naturales del hombre. Estas leyes, que obedecen a la opción del hombre, se llaman *leyes positivas* o, simplemente, leyes humanas.

Quizás la idea fundamental sobre la ley humana o positiva que, para nuestro objeto, deba ser puesta de relieve es que esa ley se refiere sólo al orden de los medios, no al orden de los fines. Ciertamente las leyes positivas tienen unos objetivos o fines particulares, que pueden ser opcionales; pero estos fines particulares tienen siempre razón de medio para los fines naturales del hombre. Es, en efecto, imposible que el hombre —y consecuentemente la sociedad— adopte fines ajenos a la esfera de los fines naturales (es decir, fines completamente distintos e inventados). La razón es muy simple: para que el hombre tienda a un fin necesita la correspondiente potencia ontológica; sin capacidad ontológica es imposible que el hombre pueda hacer algo. Ahora bien, las potencias ontológicas que el hombre tiene en su naturaleza llevan siempre a fines naturales, pues toda potencia dice relación a un fin y son fines naturales todos aquellos para los que el hombre está naturalmente dotado. Cualquier ley positiva que estuviese fuera —más allá— de la esfera de los fines naturales sería de imposible cumplimiento, dado que el hombre carecería de potencia ontológica para ello; no tendría ningún carácter de ley, sino de capricho irracional, puesto que su objeto sería una conducta irrealizable. Desde este punto de vista, la ley humana está subordinada a la esfera de los fines naturales, y, por lo tanto, su ámbito se limita al de los *medios*.

2. Supuesto que la ley humana aparece y tiene su función en el orden de los medios respecto de los fines naturales, hay una relación clara entre ley natural y ley positiva: los enunciados de la ley positiva se originan a partir de las prescripciones de la ley natural. La razón es obvia: el orden fundamental de la tendencia del hombre a los fines naturales es la ley natural; luego es evidente que el orden humano, o ley positiva de ese proceso tensional, se extrae a partir del orden natural o ley natural. Supuesto el precepto de ley natural «hay que trabajar», la ley positiva regula las relaciones laborales. Partiendo de que todo hombre tiene derecho a la vida y

que la sociedad tiene el deber de coadyuvar al mantenimiento de la vida y la salud de todos los hombres, la ley positiva regula el sistema médico y sanitario. Dado que es inmoral e injusto el robo, la ley humana establece las penas correspondientes al delito y el sistema de seguridad ciudadana. El contenido de la ley positiva se deriva de los preceptos de ley natural mediante la *determinación* de las reglas sobre los medios para obtener los fines naturales.

El rasgo característico de esta determinación es su carácter *no necesario,* o sea, opcional, lo que quiere decir que la regla positiva no tiene el carácter de regla necesariamente derivada de las prescripciones de la ley natural, sino que en su adopción interviene un factor de elección entre distintas posibilidades. Si una regla fuese la única posible y derivase necesariamente —con todo su carácter de ley— de un precepto natural, ya no sería ley positiva, sino un precepto de ley natural, porque ello indicaría que su origen estaría en la naturaleza humana y no en la voluntad del hombre.

A veces una ley humana, en su enunciado, es la *conclusión* de un enunciado de ley natural, de modo que no cabe hablar de elección entre distintas posibilidades. La regla positiva aparece como la única derivación posible de la ley natural. Sin embargo, el factor de elección está presente, por cuanto cabe que tal conclusión no sea adoptada por la ley positiva, en virtud de legítimas opciones del legislador. Por ejemplo, la acción X es una injusticia y en consecuencia es punible; la conclusión «tal acción es punible» es necesaria, pues toda injusticia formal conlleva naturalmente la posibilidad de ser penada, de modo que, en caso de ser castigada, la ley penalizadora tiene su fundamento en la ley natural y está amparada por su fuerza. Sin embargo, los actos injustos no siempre han de ser castigados por la ley humana; por razón del bien de la sociedad puede la ley humana dejar sin castigo una acción injusta, limitándose a dejar al lesionado la vía de las acciones civiles. Hay aquí, en la adopción de la regla que es conclusión necesaria —en el plano del razona-

miento— de un enunciado de ley natural, un factor de decisión política, de elección, lo que hace que tales leyes —en cuanto leyes— sean positivas o humanas.

En resumen, el contenido de la ley positiva es una determinación o una conclusión de los preceptos de ley natural; y siempre la ley positiva representa una decisión política, una elección del legislador.

3. El hombre, decíamos, no puede actuar fuera del cauce de las potencias ontológicas de las que está dotado, por lo cual es imposible que actúe fuera —más allá— de la esfera de sus fines naturales. Pero, en cambio, puede usar de esas potencias ontológicas alterando su ordenación a los fines naturales, de modo que provoque una acción distorsionante respecto de dichos fines. Así la capacidad de expresión oral se ordena al fin de la comunicación y, a través de ella, a la expresión del propio pensamiento; y en último término, todo ello se ordena a la convivencia justa y pacífica entre los hombres, a su mutuo perfeccionamiento y a una vida en sociedad basada en el respeto de los derechos de cada uno. Sin embargo, el hombre puede usar de esa facultad alterando —por defecto— su ordenación a los fines últimos señalados, dando lugar a la aparición de fenómenos comunicativos que lesionan los derechos ajenos (v. gr. la injuria) y distorsionan la convivencia (p. ej., la falsedad y la mentira). La acción humana, en estos casos, se aparta de aquel orden de los fines naturales que, en contraposición a lo físico, llamamos orden moral. Respecto de los fines naturales del hombre, nos encontramos aquí con el fenómeno contrario al de la tendencia hacia los fines; es un fenómeno de *involución* y *desviación* respecto de ellos.

Quienes tienen el poder de dar leyes no están exentos de caer —en el ejercicio del poder— en tales desórdenes, dando origen a leyes humanas que vayan en contra de los preceptos de ley natural. Tales leyes provocan en la sociedad un proceso de degradación y de involución respecto de los fines sociales, siendo principio y cauce de degradación de la vida social.

La cuestión que se plantea respecto de esas leyes humanas contrarias a la ley natural es la de su valor. ¿Tienen estas leyes toda su fuerza de ley? Para responder a esta pregunta, hay que contestar antes a otra: ¿de dónde le viene a la ley humana su fuerza de ley? ¿de dónde nace su capacidad de obligar?

Una primera respuesta, sin duda verdadera, a los interrogantes sobre el origen de la obligatoriedad de las leyes positivas es la siguiente: la ley positiva obliga por proceder del poder legítimamente constituido; el poder tiene como función dar leyes y, en tanto que las da, éstas obligan. Ciertamente es verdadera esta respuesta, pero insuficiente. Representa ésta una visión demasiado parcial y superficial, como para dar razón plena de la obligatoriedad de las leyes. El problema reside en que, siendo el hombre persona, es un ser dueño de sí y, en consecuencia, no cabe un poder que *domine* omnímodamente a la persona; el poder no se justifica por un dominio que se ejerza sobre la persona, sino por su función social subordinada a los fines de la sociedad. El poder se justifica como función y necesidad social; fuera del orden de los fines naturales del hombre, no hay poder, sino prepotencia, violencia o, dicho de otro modo, delincuencia del poder.

El poder social recibe su fuerza de la índole exigitiva de los fines naturales del hombre. Estos fines son un deber-ser y su obtención se hace —en una específica dimensión— mediante la sociedad; por otro lado, la ley humana surge de que el hombre tiene un ámbito de opciones libres y de propia inventiva en el orden de los medios para obtener dichos fines. Por lo tanto, el dictado del poder social, la ley humana, recibe su fundamental y radical fuerza de obligar —no del dominio sobre la persona, que no existe— sino de su relación con los fines naturales del hombre, que tienen razón de deber-ser. En tanto el poder tiene la función de escoger los medios para obtener los fines sociales, su dictado es ley. Lo que equivale a decir que la ley humana es ley en tanto es conforme con la ley natural. La ley contraria a la ley na-

tural carece de fuerza y naturaleza de ley, siendo un simple dictado de la prepotencia del gobernante.

¿Qué significa que carece de fuerza de ley? Sencillamente que no vincula al hombre como persona (no está en el orden del deber-ser) y sólo puede imponérsele por la fuerza de la coacción. Como sea que no pasa a ser deber-ser para el hombre y se limita a ser fuerza opresora, ante el hombre genera lo que genera la opresión: la posibilidad de la desobediencia civil, la resistencia pasiva y activa y, en última instancia, la rebelión legítima.

El positivismo jurídico, al postular la plena validez y obligatoriedad de la ley humana contraria a la ley natural, olvida —lo veíamos antes— la índole personal del hombre, niega su dominio sobre el propio ser sometiéndolo al poder (de dueño de sí lo transforma en siervo del poder) e introduce en la sociedad la fuerza obligante de factores que la degradan y disuelven. El positivismo, además de ser una teoría miope —que no ve más allá de la apariencia del dato social—, es una doctrina deshumanizadora.

4. Las relaciones entre la ley positiva y la ley natural —en lo que llevamos dicho— ponen de manifiesto la dimensión moral de las leyes humanas. La ley humana, al derivar de la ley natural, tiene un vínculo indisoluble con la moral (el orden moral es el orden de la ley natural), pues adquiere su sentido y su fuerza por su relación con los fines naturales del hombre. La función de la ley humana es conducir a los hombres —en la esfera de su competencia: la ordenación de la vida social— a la consecución de sus fines naturales; por lo tanto, la regulación de la vida social por la ley humana debe hacerse en concordancia con los valores objetivos (esto es, de acuerdo con los preceptos objetivos de la ley natural), la conformidad de la ley humana con esos valores objetivos marca el criterio para determinar el derecho justo y correcto, y la interpretación de la ley debe hacerse de acuerdo con ellos.

§ 14. El derecho natural.

La ley natural y el derecho natural —en el sentido de norma jurídica que estamos analizando— no pueden separarse, pero tampoco deben confundirse. No toda la ley natural es derecho natural. El derecho natural es aquella parte de la ley natural que se refiere a las relaciones de justicia; esto es, la ley natural se llama derecho natural en cuanto es regla de derecho y sólo bajo este aspecto. Así, los preceptos «no matarás» y «no hurtarás» tienen indudablemente una vertiente moral, pero son derecho natural en cuanto miran al derecho a la vida o al derecho de propiedad. En otras palabras, el derecho natural es una regla natural de derecho, que regula relaciones de justicia legal, distributiva y conmutativa.

En relación con esto, se plantea una cuestión. No cabe duda de que la ley natural es medida de los derechos naturales; pero ¿es causa suya? En otras palabras y a modo de ejemplo, ¿el derecho a la vida surge del precepto «no matarás al otro», el derecho de propiedad del mandato «no hurtarás»? Evidentemente no; la norma «no matarás al otro» se origina del derecho a la vida, el precepto «no hurtarás» es consecuencial al derecho de propiedad, etc., pues no se tiene el derecho a la vida o el derecho de propiedad o los demás derechos, porque existan los preceptos, sino que los preceptos existen, porque existen los derechos. Y es que los derechos naturales no nacen de un juicio de razón —como lo es la ley natural—, sino de la naturaleza humana.

La ley natural es más amplia que los derechos naturales y no es solamente el desarrollo de los derechos naturales, pero en relación con éstos actúa como regla, aunque no como causa.

§ 15. Clases de normas jurídicas naturales.

A la ley o norma jurídica se le suelen asignar cuatro funciones: mandar, prohibir, permitir y regular los dere-

chos y facultades. En razón de estas funciones las normas de derecho natural pueden clasificarse en cuatro grupos: *a*) *Mandatos,* que son aquellas normas que contienen prescripciones sobre conductas que deben hacerse por razón de justicia, v. gr. pagar una deuda en el plazo estipulado. *b*) *Prohibiciones,* o sea, normas que contienen el mandato de abstenerse de determinadas conductas, por razón de injusticia u otro tipo de ilicitud. *c*) Normas que señalan una libertad de obrar o *permisiones.* Y *d*) *Regulaciones* o *normas reguladoras,* que se refieren a la capacidad respecto a los actos y negocios jurídicos y a la ordenación de los derechos, libertades y facultades naturales; v. gr. las que señalan las capacidades e incapacidades naturales, las facultades naturales de obrar, el límite de los derechos naturales, etc.

VII. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

§ 1. Relaciones entre las normas jurídicas naturales y las normas jurídicas positivas.

Las relaciones entre las normas jurídicas naturales y las normas jurídicas positivas se rigen por una serie de principios que a continuación expondremos de la forma más sintética posible.

1.ª La norma jurídica positiva no puede abrogar los *mandatos* y *prohibiciones* naturales; es decir, no puede destruir la obligatoriedad de la norma jurídica natural que prescribe o prohibe una conducta. Esta obligatoriedad se asienta en un deber de justicia fundado en la naturaleza humana; por lo tanto, para destruir la obligatoriedad de los mandatos y prohibiciones naturales habría que corromper la razón de justicia del deber, lo cual disolvería el deber mismo. Pero, tratándose de un deber natural, tal destrucción sólo sería posible por mutación de la misma naturaleza, lo cual evidentemente no hace la norma positiva. En consecuencia, la ley positiva opuesta a un mandato o prohibición naturales, contraría lo justo natural, teniendo el carácter de *violencia,* norma injusta, lo cual no es derecho del poder, sino prepotencia del poder: es violencia institucional. Al no responder a un derecho del poder, carece de la esencia misma de la juridicidad: no se impone porque es derecho —en virtud de un deber de justicia—, sino por razón de fuerza, y esto no es derecho, sino violencia.

La ley injusta tiene los rasgos empíricos y fenoménicos de toda ley: aparece como un mandato del legislador, con todos los caracteres externos y formales de una ley. Pero esta ley carece de la esencia de la juridicidad: no engendra el deber de justicia y, por tanto, no engendra la vinculación del súbdito según su condición de persona (no es ley en sentido sustancial); solamente se impone por la coacción que pueda acompañarla. Más que ley es una apariencia de ley; tiene forma de ley, pero no sustancia de ley.

¿Significa esto que la ley injusta no tiene efectos jurídicos? Sí los tiene, pero precisamente los opuestos a la ley justa: da origen al derecho a la desobediencia cívica, a la resistencia pasiva y activa y, en su caso, a la rebelión.

2.ª Las conductas o actuaciones permitidas por el derecho natural pueden ser objeto de regulación por la ley positiva, delimitándolas y señalando requisitos. En último término, lo permitido por derecho natural puede estar prohibido por derecho positivo en atención a las circunstancias. Así, por ejemplo, la libre circulación puede estar regulada mediante determinados requisitos (p. ej., la posesión del pasaporte) o incluso, en ciertos casos, v. gr. enfermedades infecciosas, prohibida.

Existe indudablemente un límite a la acción de la ley positiva, que es la existencia de justa causa, pues la libertad natural no puede restringirse sin causa, ya que entonces la ley positiva sería irracional e injusta.

3.ª También las *regulaciones* o *normas naturales reguladoras de capacidades* pueden ser modificadas por la acción de la ley positiva, acomodando el ejercicio de esas capacidades a las variables circunstancias sociales. Esta regulación puede incluir prohibiciones e incapacidades parciales, pero no puede transformar la capacidad en incapacidad absoluta, pues esto sería ir contra la ley natural y violentar el contenido natural de la personalidad.

En conexión con esto, pueden establecerse las siguientes reglas:

a) Lo lícito por derecho natural puede convertirse en ilícito por disposición positiva; pero no lo contrario, es decir, lo ilícito por derecho natural no puede transformarse en lícito por ley positiva.

Cuando hablamos en esta regla de lo lícito por derecho natural, nos referimos a lo que según la ley de la naturaleza es lícito por *permitido;* si se trata de lo lícito por *mandado,* entonces el derecho positivo, como hemos visto, no puede tenerlo por ilícito, porque iría contra el derecho natural, con lo cual sería norma injusta y opresora de la libertad humana.

b) Un acto inválido o nulo por derecho natural no puede ser válido por derecho positivo; pero el derecho positivo, en materias sobre las que tiene potestad, puede subrogarse a los sujetos del acto y sustituir su voluntad, otorgando plena eficacia al acto.

Estamos contemplando ahora aquel tipo de actos que producen un cambio en las situaciones jurídicas, v. gr. un contrato de compraventa. Un acto de este tipo que sea inválido o nulo por derecho natural, es un acto al que falta algún elemento esencial; por consiguiente, es un acto esencialmente incapaz de producir sus efectos. Esto significa que si la norma positiva concede al acto nulo por derecho natural los efectos jurídicos propios del acto —cosa distinta son los efectos colaterales o indirectos—, tal concesión no es otra cosa que la producción de esos efectos por la norma, no por el acto. Esto es posible, si el legislador tiene potestad sobre la materia de la que se trate; por ejemplo, el poder social tiene facultad para intervenir en la distribución de la propiedad y, en consecuencia, puede otorgar eficacia —siempre por justa causa: seguridad jurídica, protección de los legítimos intereses de terceros, etc.— a un acto de compraventa nulo (v. gr. por simulación). En estos casos la norma del legislador suple al acto. Esta suplencia no es posible en aquellas materias en las que el legislador carece de potestad; y así declarar válido un matrimonio naturalmente nulo sería una extralimitación del legislador, una nor-

ma injusta, que atentaría contra el dominio de la persona sobre sí misma, ya que el matrimonio es un acto de disposición del propio cuerpo, sobre el que el legislador carece de toda potestad. El matrimonio naturalmente nulo seguiría siendo jurídicamente nulo aunque la norma positiva estableciese lo contrario.

c) Un acto de suyo válido por derecho natural puede ser inválido por disposición de la ley positiva mediante la imposición de requisitos para la validez; en este caso, el acto no permanece siendo válido por derecho natural —no ocurre que es válido por derecho natural e inválido por derecho positivo—, sino que es inválido ante el derecho, sin más distinciones.

§ 2. El sistema jurídico.

Toda sociedad organizada tiene un *sistema jurídico* o sistema de derecho. Analizando este sistema jurídico advertimos en él un conjunto de normas y una trama de relaciones jurídicas, que contienen una serie de poderes, derechos y deberes, todo lo cual forma —visto unitariamente— la estructura jurídica de la sociedad u ordenamiento jurídico. Estos factores o elementos van acompañados de un conjunto de medios para hacer efectivo el derecho: unos tribunales, unos recursos de ejecución forzosa y unos procedimientos coactivos. Esto supuesto, debemos ver cuál es el papel del derecho natural dentro del sistema jurídico o sistema de derecho.

1. *La unidad entre el derecho natural y el derecho positivo.* El derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo.

El principio de unidad entre el derecho natural y el

derecho positivo es triple: 1.º) En primer lugar, como antes indicábamos, la ley positiva se genera —deriva— a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación. 2.º) En segundo término, la potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Y, 3.º) las relaciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales.

En virtud de este triple principio, el derecho natural y el derecho positivo forman un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo.

2. *Positivación y formalización del derecho natural.* Por la unidad del sistema jurídico y en la conexión entre el elemento natural y el elemento positivo del derecho aparece la cuestión de la *positivación* y de la *formalización* del derecho natural.

a) *Positivación.* El derecho pertenece al orden *práctico* de la vida humana y es objeto de un arte o ciencia práctica. Para que algo sea practicable debe ser conocido; mientras sea desconocido permanece impracticable. Esto supuesto, parece claro que el derecho natural requiere ser conocido para que esté integrado en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico (*vigencia histórica* del derecho natural). En tanto que existe la persona humana, el derecho natural es un derecho *válido*, esto es, su contravención constituye de suyo una injusticia. Pero no es menos cierto que, en la medida en la que unos factores de derecho natural (normas, derechos, principios, etc.) no sean conocidos, no podrán estar integrados en el sistema jurídico aplicable en cada momento histórico. Pues bien, denominamos *positivación* al paso a la *vigencia histórica* (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma natural de derecho o de un derecho natural.

Como ya hemos visto antes, el conocimiento del derecho natural *originario* es en parte —y sólo en parte— progresivo; si bien hay un núcleo básico de derecho natural que es conocido por todos, no faltan sectores del derecho natural originario que se van desvelando progresivamente, a medida que la naturaleza del hombre y la dignidad humana son mejor conocidas. Así ha podido constatarse modernamente con ciertos derechos humanos. Por otra parte, el derecho natural *subsiguiente* constituye el orden jurídico natural inherente a las nuevas situaciones históricas; por lo tanto, se va desvelando a medida que van surgiendo las nuevas formas de convivencia o que se van produciendo los hechos o situaciones históricas. Este *desvelamiento* del derecho natural y su consiguiente averiguación constituye el proceso de positivación del derecho natural y lo que produce su paso a la *vigencia histórica.*

Los modos de positivación son varios; ahora bien, como la positivación produce la integración del derecho natural en el sistema jurídico vigente aplicable en cada momento histórico, todos los modos de positivación se enlazan con el sistema de *fuentes del derecho:* la ley, la costumbre, la conciencia jurídica de la comunidad, la jurisprudencia, los actos administrativos, la doctrina jurídica, etc.

La positivación no da al derecho natural su índole jurídica —que tiene por sí mismo—, ni se debe confundir con el cumplimiento del derecho natural por parte de los ciudadanos. Ni el cumplimiento es la positivación, ni el rechazo la anula, pues una cosa es la validez y la vigencia del derecho y otra su cumplimiento o incumplimiento.

En principio la positivación se limita a ser un proceso de conocimiento, pero hay algunos supuestos en los que tiene carácter autoritativo, o sea, requiere que se efectúe a través de los actos dotados de autoridad (ley, sentencias judiciales, etc.). En efecto, junto a un núcleo de derecho natural que abarca de modo completo una relación social o un aspecto de ella, existen otros dos ti-

pos de factores o principios naturales: *a*) el derecho natural propio de una relación jurídica genérica, que debe ser concretada por el derecho positivo; y *b*) aquellos principios y exigencias de derecho natural inherentes a realidades que pertenecen a la historicidad de la sociedad, a su ámbito evolutivo y al surgir de nuevas situaciones. En todos estos casos se da una constante: un orden natural que debe ser completado por el derecho positivo.

En los dos supuestos examinados la positivación es propiamente autoritativa:

1.° porque completa, mediante factores positivos, el orden natural, que sin este complemento no regularía plenamente las relaciones sociales a causa de su indeterminación (v. gr. existe el derecho natural al trabajo, pero este derecho no es ejercible dentro del sistema jurídico —acción ante los tribunales, recursos administrativos, etc.— si no es a través de su concreción en relaciones jurídicas individualizadas por medios de derecho positivo: contratos, convenios colectivos, legislación, etc.);

2.° porque —y esto es válido sólo en el caso de una situación nueva o transformada— la autoridad social tiene la misión de regular la vida social y, por consiguiente, de reconocer jurídicamente las nuevas situaciones, cuyo origen es cultural (por ejemplo, en los contratos de seguro hay factores de derecho natural, pero si los seguros estuviesen prohibidos o no se reconociesen en un ordenamiento jurídico, no habría lugar a aplicar ese derecho natural, al no reconocerse la materia sobre la que versa). En virtud de este principio, el orden incoado en dichas situaciones es una exigencia de justicia que vincula al derecho positivo en el momento de regular las nuevas situaciones, pero no adquiere la perfección o plenitud de su carácter jurídico, si no es por el reconocimiento de la situación nuevamente creada. Antes del reconocimiento podrá hablarse de un principio de derecho, pero no de derecho en la plenitud de su desarrollo.

En estos supuestos, la positivación es necesaria y autoritativa; pero es *perfeccionadora* (completa el orden) e

integradora (las exigencias o principios naturales quedan integrados en la norma completa), de suerte que el núcleo de derecho natural que pueda existir, tiene la fuerza propia de este derecho.

b) *Formalización.* Un sistema jurídico ya formado no es sólo un conjunto disperso y confuso de distintos factores jurídicos; hay en él principios directivos o informadores, normas de diverso tipo y fuerza, mecanismos de aplicación de las leyes, formas de aparición de cada uno de los actos que inciden en él, exigencia de requisitos para la validez de los distintos elementos que integran el sistema jurídico o para el otorgamiento a ellos de un valor determinado, etc. Se trata de un sistema técnicamente estructurado que condiciona y modaliza, a través de sus mecanismos técnicos, la vigencia y la aplicación del derecho. En suma, un sistema jurídico ya formado es un sistema *formalizado.* ¿En qué consiste la *formalización?* Consiste en la tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el derecho, mediante el recurso de darles una forma, atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, prever los instrumentos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer las condiciones y requisitos para que sean válidos o eficaces, etc. Con ello, se tiende a garantizar con seguridad y certeza la función y el valor de cada factor o elemento jurídico en el contexto de un sistema concreto.

Ante esta realidad, que se origina en virtud de las necesidades de certeza, seguridad y justicia del orden jurídico, la positivación debe ser completada con la *formalización.* Por eso, el derecho natural, una vez positivado, debe ser integrado por la formalización mediante normas por las cuales se complete, se establezcan los mecanismos que garanticen su aplicación, etc. Así, por ejemplo, el *ius connubii* (el derecho a contraer matrimonio), derecho natural, está formalizado en un ordenamiento jurídico al establecerse sus límites (capacidad), requisitos de ejercicio, la forma de celebración del matrimonio

y las oportunas anotaciones registrales para su prueba, procesos de nulidad y de separación, etc. Sin la oportuna formalización, el derecho natural sólo imperfectamente está integrado en el sistema jurídico, al quedar condicionada su efectiva fuerza social a la buena voluntad y al sentido de justicia de quienes deben cumplirlo y aplicarlo. La formalización, al integrarlo en todo el mecanismo de tecnificación del derecho, pone a su servicio todos los recursos para su debida aplicación.

De lo dicho se desprende que no debe confundirse el derecho natural no positivado con el derecho natural no formalizado, y que es posible la existencia de un derecho natural positivado preformalizado, esto es, sin la adecuada y deseable formalización.

3. *El derecho natural y el sistema de garantía de efectividad del derecho.* A todo sistema jurídico de una sociedad organizada va unido —decíamos— un sistema de garantía de efectividad del derecho. Pero es necesario distinguir ambas cosas. Las normas son derecho, mas los tribunales que las aplican no son derecho, aunque sean órganos de determinación y aplicación del derecho; la ejecución forzosa es cumplimiento de una ley o realización de un derecho, pero no es la ley ni el derecho; la acción de las fuerzas de orden público es fuerza al servicio del derecho, pero no es derecho. El derecho es el sistema racional de relaciones humanas, que puede ir acompañado de la fuerza y otras formas de garantía de efectividad, pero no es la fuerza ni el sistema social de garantía del derecho.

Por eso la ciencia jurídica ha distinguido entre *validez* y *eficacia* del derecho. Una norma válida puede ser ineficaz (objeto de general incumplimiento), como puede ser ineficaz un vínculo (v. gr. un matrimonio no registrado) que sin embargo es válido; y lo mismo podemos decir de un derecho subjetivo.

La idea principal a tener en cuenta es que el sistema de garantías es una consecuencia de la obligatoriedad

del derecho, que está en el orden de la ayuda a su efectividad, pero que no pertenece a su esencia: la falta de aplicación del sistema de garantía no destruye el derecho, aunque a veces pueda dejarlo inoperante. La inoperancia del sistema de garantías de efectividad puede tornar ineficaz a la norma, mas no la invalida; como puede dejar sin auxilio a quien ve atacado o inatendido su derecho, pero tal desasistimiento no destruye la razón de injusticia. Es más, puede tornar injustos a quienes tienen a su cargo el sistema de garantías.

Existen tantos sistemas de garantía de efectividad del derecho cuantas son las sociedades organizadas, e incluso en el plano del derecho internacional estamos asistiendo a una progresiva instauración de ese sistema (v. gr. Tribunal Internacional de Justicia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.). La pregunta que, en relación a esto, cabe hacer es la siguiente: ¿cuál es el sistema de garantía de efectividad del derecho natural? Pues bien, la respuesta no puede ser más simple: el mismo que el propio del derecho positivo. Hemos dicho que el derecho natural y el derecho positivo no son dos órdenes jurídicos —dos sistemas de derecho— distintos y separados. Ambos forman un único sistema de normas, un único sistema de derecho, el cual es en parte natural y en parte positivo. Los Tribunales tienen por misión decir y aplicar el derecho en los casos concretos, el cual será en parte natural y en parte positivo; las fuerzas de seguridad han de proteger los derechos de los ciudadanos —de todo hombre—, los cuales unas veces son naturales (derecho a la vida y a la integridad física, derecho de reunión, etc.) y otras veces son positivos o mixtos. Y así cualquier otro elemento del sistema de garantía está al servicio del derecho, sea natural o positivo.

Desde este punto de vista hay que enfocar el tema de la coercibilidad del derecho natural. El derecho natural, pues es derecho, es tan coercible como el derecho positivo; es más, aquellos derechos que con mayor intensidad son coercibles, son precisamente derechos naturales o mixtos (derecho a la vida, derecho a la integridad física,

derecho de propiedad, etc.) y lo mismo ocurre con las normas jurídicas. La coacción es un factor de la sociedad humana al servicio de los hombres, de la justicia y el derecho, sea de origen natural o de origen positivo. El sistema coactivo propio del derecho natural es el mismo que el del derecho positivo: el sistema social de coacción al servicio de la efectividad del derecho.

¿Qué ocurre si una norma o un derecho naturales no son asumidos por el sistema de garantía de efectividad del derecho? Ocurre lo mismo que si se trata de una norma o derecho positivos: la norma sigue siendo válida y el derecho sigue siendo debido, pero fuera del cumplimiento por comportamiento justo, no encontrará apoyo; será *ineficaz*. Tendrá *validez*, pero no *eficacia* en caso de incumplimiento.

4. *El derecho natural y la interpretación del derecho.* El punto culminante de la ciencia jurídica, aquello que constituye su tarea medular, a la que se ordenan sus principios metódicos y sus recursos técnicos, es la *interpretación del derecho*. Sin entrar en las múltiples discusiones sobre esta operación básica del arte jurídico, podemos describirla como la operación dirigida a encontrar la solución jurídica del caso concreto: cuál sea el derecho —qué sea lo justo— en el caso planteado.

Es en esta operación donde, de modo principal, el derecho natural ha de ser aplicado como lo que es: una parte del derecho vigente que rige las relaciones humanas. En otras palabras, siendo el derecho en parte natural y en parte positivo, el derecho natural constituye, junto con el derecho positivo, factor integrante de la solución al caso concreto. El jurista, al dar solución al caso, ha de combinar, armonizándolas, aquella parte de derecho natural y aquella parte de derecho positivo que integran el derecho propio del caso.

Para conjugar el derecho natural con el derecho positivo deben tenerse presente dos exigencias: *a*) el derecho positivo, como dijera Gayo (*Institutiones*, I, 158) no puede lesionar los derechos naturales; es decir, el dere-

cho natural prevalece sobre el derecho positivo; *b*) el derecho natural opera como vigente en la medida de su positivación —a través del sistema de fuentes del derecho ya aludido— y de su formalización; esta segunda exigencia lo es de la unidad del orden jurídico y de los principios de seguridad y certeza.

Esto supuesto, pueden darse las siguientes reglas:

1.ª El derecho positivo —y los actos de la autonomía privada— debe interpretarse según el derecho natural. Así, por ejemplo, si se trata del derecho penal, la imputabilidad y la culpabilidad deben entenderse conforme a las reglas naturales que rigen la voluntariedad de los actos humanos; cuando están en juego los valores morales, la moral aplicable no es otra que el conjunto de preceptos de ley natural, etc. Como aspecto importante de esta regla podemos decir que el derecho positivo debe ser interpretado de acuerdo con los derechos naturales del hombre (derechos humanos naturales). Esta regla es lógica consecuencia, tanto de que el derecho positivo deriva del derecho natural, como de la unidad del ordenamiento jurídico. Es asimismo la regla más general y de mayor aplicación, pues la gran mayoría de las normas positivas no ofrecen contraste con el derecho natural.

2.ª El derecho natural que esté recogido en normas de derecho positivo permanece siendo derecho natural y debe interpretarse conforme a su índole propia. La inclusión del derecho natural dentro del derecho positivo —caso muy frecuente— no lo transforma en positivo, aunque le añade el vigor propio de la ley positiva; como sigue siendo derecho natural, debe interpretarse conforme a las reglas propias del conocimiento y aplicación del derecho natural.

3.ª Cuando se observa un posible contraste entre los términos de la ley positiva —o de un negocio jurídico— y el derecho natural, la norma positiva —o en su caso el negocio jurídico— debe interpretarse de acuerdo con

el derecho natural, en los términos de la norma positiva. La reconducción de la ley positiva a la ley natural es resultado de la unidad del ordenamiento y de la prevalencia del derecho natural; la limitación a los términos de la ley positiva es exigencia de la formalización.

A modo de ejemplo, podemos fijarnos en el art. 147 del Código Civil mexicano: «Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la mutua ayuda que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta». De acuerdo con los términos del artículo, cabe interpretarlo bien como una presunción *iuris et de iure* de validez del matrimonio (o una declaración imperativa de tal), o bien como una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. La presunción *iuris et de iure (a fortiori* si el artículo se entiende como una declaración de validez lisa y llana) estaría en contraste con el derecho natural, según lo que se dijo al hablar de las relaciones entre derecho natural y derecho positivo (regla 3.ª, *b*), dado que el consentimiento aparece viciado en un elemento esencial y por lo tanto el matrimonio con esa condición es nulo por derecho natural. Luego debe interpretarse como una presunción *iuris tantum.*

4.ª A veces el posible contraste entre el derecho positivo —o un acto de la autonomía privada— y el derecho natural puede salvarse mediante una correcta conceptualización. Por ello, una cuarta regla será conceptualizar el derecho positivo de acuerdo con el derecho natural. Un ejemplo de aplicación de esta regla lo encontramos en el derecho romano; así leemos en D. 7, 5, 2: «Por este senadoconsulto no se dio vida a un propio usufructo de cantidad, ya que la autoridad del senado no pudo cambiar la razón natural, pero, introducido el remedio, comenzó a admitirse un cuasiusufructo».

5.ª Si las dos reglas anteriores no pueden aplicarse, la interpretación del derecho debe hacerse con prevalencia de la norma natural sobre la positiva dentro de los límites de la formalización y la positivación. Dos textos

romanos pueden servir para ilustrar esta quinta regla. D. 4, 5, 8: «Es evidente que aquellas obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen por la capitisdiminución, porque el derecho civil no puede alterar los derechos naturales; así, la acción de dote subsiste aún después de la capitisdiminución, porque está referida a lo que es bueno y justo». D. 12, 6, 64: «Si un dueño pagó su deuda a su esclavo después de manumitido, aunque lo hiciera creyendo que se le podía reclamar aquella deuda por alguna acción, sin embargo, no podrá repetir, pues cumplió una obligación natural. Como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes, en la condicción la razón de lo debido o indebido debe entenderse por naturaleza».

6.ª Cuando una situación injusta se debe a que el legislador no ha ejercido una función de su *exclusiva* competencia, se produce un vacío que no puede ser colmado por el jurista (aunque sea juez). Hay vacíos y lagunas del ordenamiento que pueden ser llenados por el juez o por la doctrina; no nos referimos a estos supuestos, sino a aquellos que dependen de una competencia exclusiva del legislador. Un caso posible puede encontrarse en la falta de penalización o despenalización de una conducta injusta. Estando en vigor el principio de legalidad, que es justo, si una injusticia no está tipificada como delito, no puede el juez castigarla, aunque por derecho natural sea punible.

7.ª Cuando una ley positiva discordante con la ley natural no puede ser reconducida al derecho natural mediante las reglas expuestas (imposibilidad que sólo puede suceder en casos extremos), debe tenerse por nula; es la antigua regla romana, a la que hemos acudido varias veces: la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales y la razón natural. Lo mismo debe decirse de los negocios jurídicos; si no son justos, v. gr., por desigualdad o desproporción en las prestacio-

nes, han de considerarse nulos, a no ser que sean parcialmente reconducibles al derecho natural según las reglas antes expuestas, en cuyo caso son válidos en los límites de esa reconducción.

Este conjunto de reglas ayudan a comprender que el oficio de jurista no es declarar *lo legal,* sino declarar *lo justo.* No se comprende la enemiga que algunos tienen a esta función del jurista. La injusticia y lo injusto deben ser desterrados de la sociedad y desde siempre el jurista ha tenido este oficio en una perspectiva técnica y científica; en ello está su utilidad y servicio a la sociedad.

Ni hay en esto ningún quebranto de los principios de seguridad y certeza, garantizados por la formalización. Además ambos principios —seguridad y certeza— valen para lo justo, no para lo injusto; no se ve qué provecho trae a la sociedad dar seguridad y certeza a lo injusto. Por lo demás, el conjunto de reglas expuestas proceden de ambos principios —en relación con la formalización del derecho natural— y los respetan, igual que el resto de los recursos técnicos de la ciencia jurídica.

5. *Ciencia jurídica crítica.* La ciencia jurídica, al fundarse en el derecho natural, resulta ser una ciencia *crítica,* esto es, enjuiciadora. Ante la ley, ante los negocios jurídicos, ante cualquier factor del ordenamiento jurídico positivo, no adopta una posición de aceptación acrítica. No mira solamente a los aspectos formales para su validez, sino que también fija su observación en los contenidos, emitiendo un juicio de corrección o incorrección, de justicia o de injusticia. Esta observación de los contenidos y el correspondiente juicio *(crítica)* resultan ser un elemento interpretativo del derecho (obtención de la solución de derecho o solución justa), que va, desde la consideración de la validez de la ley, los negocios jurídicos, etc., por razón de los contenidos, a su interpretación en función de su corrección y de su justicia, como acabamos de ver. En el bien entendido de que la función crítica se refiere y opera en el ámbito

del *ius conditum,* sin limitarse a ofrecer soluciones *de iure condendo.*

La corrección o justicia de los factores de derecho positivo se miden por contraste con el derecho natural (ley natural, lo justo natural), que es el *baremo objetivo de enjuiciamiento.*

La función crítica de la ciencia jurídica fue escamoteada por el positivismo jurídico, especialmente por el legalista o normativista, que despojó a los juristas del criterio de enjuiciamiento o crítica inherente a su función (el criterio de lo justo y de lo injusto), para dejarles tan sólo un criterio formal de lo legal o ilegal.

La necesaria renovación de la ciencia jurídica actual postula el abandono del positivismo y la recuperación de la función crítica por la recuperación del núcleo sustancial del derecho: el derecho natural.

VIII. LA CIENCIA DEL DERECHO NATURAL

A partir del siglo XIX se ha generalizado una mentalidad, cuyo rasgo básico, en lo que aquí interesa, podría resumirse así: la ciencia del derecho natural es una parte de la filosofía del derecho (desde otro punto de vista, es una corriente o sistema de filosofía jurídica), siendo la ciencia del derecho la ciencia del derecho positivo. Pues bien, frente a esta mentalidad debemos decir que la ciencia del derecho natural —sin negar cuanto sobre el derecho natural corresponde tratar a la filosofía jurídica— no es una parte de la filosofía del derecho (ni una corriente o sistema de ella), sino una parte de la ciencia y del arte del derecho, porque siendo el derecho en parte natural y en parte positivo, la ciencia y el arte jurídicos han de conjugar, a la vez, los factores naturales y los factores positivos. En este sentido, la ciencia del derecho natural es ciencia del derecho y jurisprudencia.

1. Para explicar mejor esta idea, es necesario aludir a los distintos sectores del conocimiento jurídico.

a) Del derecho cabe un conocimiento filosófico, que lo estudia en sus últimas causas y en su más íntima esencia; este conocimiento filosófico es el propio de la filosofía del derecho. Si nos atenemos a una conocida distinción de Kant, la cuestión fundamental de la filosofía jurídica sería la que se resume en el *quid ius*, qué es el derecho. Modernamente se han ido señalando distin-

tas partes de esta importante disciplina: la ontología jurídica, la gnoseología jurídica, la lógica jurídica, la axiología y la estimativa jurídicas, etc. Ciertamente la filosofía jurídica tiene mucho que decir sobre el derecho natural; a ella corresponden las cuestiones sobre el *quid ius naturale:* qué es la justicia, qué es el derecho natural, cómo se le conoce, cuál es el fundamento próximo y cuál el fundamento último, etc. Todo cuanto sea filosofar sobre el derecho natural, todo cuanto represente comprenderlo en su más íntima esencia y en sus últimas causas pertenece a la filosofía del derecho.

b) Junto al saber filosófico, el conocimiento del derecho propio de los juristas es el conocimiento eminentemente práctico que tiende a establecer lo justo en las relaciones concretas de la vida social. Por eso, siempre según la distinción kantiana antes aludida, la cuestión fundamental del jurista, a diferencia del filósofo, es la del *quid iuris,* cuál es el derecho o lo justo en los casos concretos. Este conocimiento del jurista se mueve en dos niveles: el nivel científico o general y el nivel prudencial o solución inmediata del caso concreto. Al primero se le suele llamar ciencia del derecho y el segundo es propiamente el arte del derecho o jurisprudencia. Ciencia y arte del derecho son conocimientos prácticos, pues ambos niveles tienden a resolver los problemas concretos. Pero el grado de practicidad es distinto en uno y otro. Mientras el arte del derecho o jurisprudencia es inmediatamente práctico, pues busca la solución directa a los casos reales (v. gr. el juez que ha de dictar sentencia, resolviendo una causa), la ciencia del derecho se mueve en un nivel de abstracción, que estudia los derechos y las soluciones en sus rasgos generales y comunes, haciendo abstracción de lo propio y particular de los casos concretos; estudia —por ejemplo— la compraventa en general, no esta o aquella compraventa concreta.

Pues bien, la ciencia y el arte del derecho son, a la vez, ciencia y arte del derecho natural y del derecho positivo, porque hay derechos naturales y hay derechos po-

sitivos y son muchos los derechos que son en parte naturales y en parte positivos. Una ciencia y un arte del derecho limitados exclusivamente a lo positivo son una ciencia y un arte del derecho parciales y, con frecuencia, injustos. En su sentido propio y estricto, la ciencia y el arte del derecho natural es una dimensión de la ciencia y del arte del derecho. El jurista ha de conjugar —como lo hicieron siempre los hombres de derecho hasta la aparición del positivismo— el derecho natural y el derecho positivo para encontrar la solución justa —la solución jurídica— que a cada caso corresponde.

Esto supuesto, en el ámbito de la ciencia jurídica *académica* —la del mundo científico— cabe que, al igual que esta ciencia se ha desglosado en distintas ramas (Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Administrativo, etc.), se construya una disciplina dedicada específicamente al derecho natural: la ciencia del derecho natural o simplemente Derecho Natural. Es claro que esa ciencia del derecho natural no es filosofía del derecho sino una disciplina propia dentro de la ciencia del derecho.

2. La ciencia del derecho natural se distingue, por un lado, de la filosofía del derecho, y por otro, de las distintas ramas de la ciencia jurídica.

a) Mientras la filosofía del derecho estudia los aspectos filosóficos del derecho natural (*quid ius*, si aceptamos la distinción kantiana), la ciencia del derecho natural estudia el *quid iuris* del derecho natural, los distintos derechos naturales, o dicho más genéricamente *los diversos factores naturales del derecho vigente*, y por tanto los factores naturales del orden jurídico en relación a su realización práctica. De ahí que represente una confusión entre filosofía jurídica y ciencia del derecho natural (dos saberes, dos ciencias y dos disciplinas distintas), que la filosofía jurídica descienda a tratar temas propios del *quid iuris* como los derechos humanos, derechos de la familia, las relaciones laborales, etc. Esto es confundir filosofía del derecho y derecho natural, según

la confusión introducida por Kant al cambiar el derecho natural tal como desde la antigüedad había sido entendido por los principios *a priori* del derecho [43].

b) También la ciencia del derecho natural se distingue de las distintas ramas de la ciencia jurídica. Por ceñirse sólo a lo justo natural, la ciencia del derecho natural está limitada por razón de la materia, marginando cuanto pertenece a la ciencia del derecho positivo. En cambio, comparte con las diversas ramas de la ciencia jurídica la *finalidad* y, en consecuencia, su caracterización formal. Pero adviértase que la ciencia del derecho natural no es una rama de la ciencia jurídica; pues si fuese una rama, querría decir que mientras a ella le correspondería el estudio del derecho natural, las restantes ramas se deberían ceñir al derecho positivo, siendo así que todas las ramas deben conocer, sintetizar y armonizar lo natural y lo positivo. La ciencia del derecho natural es una *especialización* dentro de la ciencia jurídica, que coadyuva a perfeccionar a toda la ciencia jurídica en su conjunto y a sus distintas ramas.

El panorama actual de la ciencia y de la enseñanza universitaria suele estar lejos de lo que acabamos de definir. La ciencia jurídica está frecuentemente imbuida de positivismo, reduciéndose —naturalmente con excepciones— a una ciencia positiva, de modo que los criterios de derecho natural no juegan ningún papel o a lo máximo un papel secundario. Por su parte, la filosofía jurídica, cuando no es positivista, suele absorber a la ciencia del derecho natural, la cual aparece, en consecuencia, muy desdibujada y prácticamente confundida con la filosofía del derecho. Esta situación requiere una reforma eficaz. La ciencia del derecho natural y la filosofía jurídica deben ser disciplinas claramente diferenciadas, sin mezclas de métodos ni de temática. Por otra parte, la

43. Este extremo puede verse desarrollado en J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., págs. 297 ss.

ciencia del derecho debe potenciar y, en su caso, reconquistar su dimensión iusnaturalista, como elemento integrante de su labor de interpretación y conocimiento del derecho.

3. El objeto principal de la ciencia del derecho natural es la exposición del *sistema de derechos naturales* o conjunto de lo justo natural; bajo este punto de vista, el núcleo fundamental de esta disciplina es la *parte especial,* que consiste en la exposición de ese sistema. Pero esta *parte especial* debe ir precedida, como es habitual en las disciplinas jurídicas, de una *parte general,* donde se estudie la noción, el método y la evolución histórica de la disciplina. Quizás podría pensarse que esta parte general es innecesaria por coincidir con los tópicos iusnaturalistas de la filosofía del derecho; pero esta dificultad se obvia si se advierte que no se trata de repetir lo que ya dice la filosofía jurídica, sino de *reducir a nivel jurídico* y por tanto a nivel de técnica jurídica (naturalmente, de aquella técnica jurídica que es propia del derecho natural), lo que la filosofía jurídica dice a nivel filosófico. La *parte general* no debe ser filosofía del derecho natural, sino *teoría general* de ese derecho, que es lo que hemos pretendido hacer fundamentalmente en este libro.

4. Una vez expuesta en trazos generales la fisonomía de la ciencia del derecho natural, parece oportuno dedicar algunas líneas a mostrar qué cosa no es. La oportunidad proviene de que, desde hace algunos decenios, se viene sosteniendo por algunos que el derecho natural tendría su lugar en aquella parte de la filosofía del derecho llamada *axiología jurídica* o también *estimativa jurídica.* La ciencia del derecho natural sería aquella parte de la filosofía del derecho que estudia los valores que están en la base del derecho y aquellos criterios que servirían para distinguir el derecho justo del injusto, el derecho correcto del incorrecto. Pues bien, por cuanto hemos ido diciendo parece claro que ni lo justo natural es un valor

o un simple criterio de justicia, ni la ciencia del derecho natural es axiología o estimativa jurídicas. Los valores son estimaciones subjetivas y, si —en su caso— se habla de valores objetivos, se hace referencia a bienes ontológicos o culturales; en todo caso, los valores —subjetivos u objetivos— se entienden como requisitos o presupuestos del derecho, siendo este derecho el derecho positivo. Es claro, por todo lo expuesto, que el derecho natural no es un valor del derecho (positivo), sino un verdadero y propio derecho, lo justo por naturaleza, tan derecho —ni más ni menos— que el derecho positivo, o sea lo justo convencional. Consecuentemente, la ciencia del derecho natural no es la ciencia de lo axiológico jurídico ni estimativa jurídica, sino una dimensión —en su caso especialización— de la ciencia jurídica que se ocupa de unos propios y verdaderos derechos. Es preciso advertir además que la reducción del derecho natural a la axiología o a la estimativa jurídicas, equivale a negar el derecho natural, pues al reducirlo a la categoría de *valor* del derecho positivo, se le despoja de su condición de derecho en sentido propio y estricto.

También ha habido alusiones a si el derecho natural cumple una función revolucionaria o conservadora. Para algunos, poniendo el ejemplo de los sofistas y del iusnaturalismo moderno —el del siglo XVIII—, tendría una función revolucionaria. Para otros, en cambio, habría desarrollado en la historia un papel conservador, en pro de las estructuras en cada momento vigentes; y, según este criterio, juzgan ciertos historiadores del derecho natural diversas corrientes iusnaturalistas. Aparte de que no escasean las historias del derecho natural que son verdaderas distorsiones ideológicas de la historia, escasamente fiables en cuanto a la interpretación de los hechos, hay que advertir que esta cuestión es, sencillamente, un bizantinismo. El derecho natural, en cuanto saber, es ciencia de un hecho objetivo: lo justo natural. Y los hechos no son revolucionarios ni conservadores; se limitan a ser. Que el hombre tenga derecho a la vida o derecho a casarse, no es revolucionario ni conservador: sim-

plemente es. Por lo tanto, la cuestión carece de sentido. Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es una apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que *justa.* Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia.